



NORGES HØYESTERETT

Den 16. desember 2016 avsa Høyesterett dom i

HR-2016-2554-P, (sak nr. 2014/2089), sivil sak, anke over dom,

Holship Norge AS	(advokat Nicolay Skarning)
Bedriftsforbundet (partshjelper)	(advokat Jan Erik Grundtvig Sverre – til prøve)
Næringslivets Hovedorganisasjon (partshjelper)	(advokat Kurt Weltzien)
mot	
Norsk Transportarbeiderforbund	(advokat Lornts Nagelhus – til prøve)
Landsorganisasjonen i Norge (partshjelper)	(advokat Håkon Angell)
Møter etter tvl. § 30-13: Staten v/Justis- og beredskaps- departementet	(Regjeringsadvokaten v/advokat Pål Wennerås) (Regjeringsadvokaten v/advokat Ketil Bøe Moen – rettslig medhjelper)

S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Skoghøy**: Saken gjelder forhåndsprøving av lovligheten av en boikott som Norsk Transportarbeiderforbund (NTF) har varslet overfor Holship Norge AS (Holship), jf. boikottloven § 3 første ledd.
- (2) Boikotten går ut på å hindre ansatte i Holship i å losse og laste skip som selskapet mottar i Drammen havn. Formålet er å tvinge Holship til å inngå tariffavtale som inneholder en bestemmelse om fortrinnsrett til losse- og lastearbeid for havnearbeidere som er knyttet til Administrasjonskontoret for havnearbeid i Drammen (Administrasjonskontoret). I den

eksisterende tariffavtalen mellom Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) og NHO Logistikk og Transport på den ene siden og Landsorganisasjonen i Norge (LO) og Norsk Transportarbeiderforbund på den andre er bestemmelse om slik fortrinnsrett inntatt i en særskilt rammeavtale (Rammeavtalen § 2 nr. 1). Denne avtalen fornyes annethvert år, og høsten 2016 ble den fornyet for perioden 2016–2018. Gjennom boikotten vil NTF tvinge Holship til å slutte seg til Rammeavtalen.

- (3) Losse- og lastearbeid består i avtalens forstand av godshåndtering fra og om bord i skip. Når godset er plassert på kaien, kan havnebrukerne velge om de vil engasjere Administrasjonskontorets losse- og lastearbeidere til videre godshåndtering eller benytte egne eller andres ansatte til dette arbeidet. På tilsvarende måte faller godshåndtering etter at det er brakt om bord i skipet, utenfor fortrinnsretten etter Rammeavtalen.
- (4) Fortrinnsretten gjelder ved anløp av fartøy over 50 tonn dødvekt. Etter Rammeavtalens ordlyd er den begrenset til å gjelde for fartøyer "som går fra norsk havn – utenlandsk havn eller omvendt". Avtalepartene forstår imidlertid avtalen slik at fortrinnsretten også gjelder lossing og lasting av skip i innenlandstrafikk.
- (5) Etter Rammeavtalen § 3 blir fortrinnsretten administrert av Administrasjonskontoret. Driften av Administrasjonskontoret skal ikke gi økonomisk utbytte. Kontoret har et eget styre med tre representanter fra oppdragsgiverne – havnebrukerne – og to representanter fra havnearbeiderne. Det er kontorets styre som ansetter losse- og lastearbeidere.
- (6) Losse- og lastearbeiderne ved Administrasjonskontoret håndterer i henhold til Rammeavtalen losse- og lasteoppgavene for samtlige havnebrukere i Drammen havn. Kontoret har i dag seks fast ansatte losse- og lastearbeidere. Disse har fast lønn pluss tillegg som varierer med skipsanløpene. Ved behov benyttes tilkallingshjelp, og det er et sted mellom 50 og 90 tilkallingsarbeidere tilknyttet kontoret.
- (7) Fortrinnsretten har historisk sammenheng med at havnearbeidere opprinnelig var løsarbeidere, uten sikkerhet for arbeid og lønn, og har vært forankret i ILO-konvensjon nr. 137 om sosiale følger av nye metoder for godsbehandling i havner artikkel 3. Ved tarifforhandlingene i 1976 ble det – på grunnlag av enighet mellom arbeidsgiver- og arbeidstakersiden – etablert et fastlønnssystem for losse- og lastearbeidere ved de 13 største havnene i Norge, herunder Drammen havn.
- (8) Ved 14 andre havner er registrerte havnearbeidere ved Losse- og lasteoverenskomsten for Sør- og Nord-Norge (Sør- og Nord-Norge-avtalen) sikret en tilsvarende fortrinnsrett til losse- og lastearbeid som etter Rammeavtalen. Denne avtalen er inngått mellom de samme partene som Rammeavtalen. I disse havnene er det imidlertid ikke etablert administrasjonskontorer. De registrerte havnearbeiderne i disse havnene er ikke fast ansatte, og de har da heller ikke noen fastlønnssystem.
- (9) Holship ble etablert i 1996 og er heleid av det danske spedisjonskonsernet Holship Holding A/S. Hovedvirksomheten i Norge er rengjøring av fruktkasser. I tillegg driver selskapet noe spedisjonsvirksomhet. Selskapet har i overkant av 40 ansatte, hvorav 21 er fagorganiserte i Norsk Arbeidsmandsforbund.
- (10) Gjennom en egen avtale har Holship sluttet seg til tariffavtalen "Renhold på land i egen regi", som er inngått mellom LO og Norsk Arbeidsmandsforbund på den ene siden og

NHO på den andre. Avtalen er også gjort gjeldende for ansatte i Holship som ikke er organisert. Holship er ikke medlem av NHO, men er organisert i arbeidsgiverorganisasjonen Bedriftsforbundet. Fra Holships side har dette vært et bevisst valg for å unngå å bli bundet av Rammeavtalen.

- (11) Før årsskiftet 2012/2013 benyttet Holship Administrasjonskontorets tjenester ved behov. Holship fikk da en ny kunde, som medførte økt aktivitet for bedriften i Drammen havn. Tidligere hadde Holship én terminalarbeider i Drammen havn, men ved årsskiftet 2012/2013 ansatte selskapet fire nye arbeidstakere som også skulle ta hånd om losse- og lasteoperasjoner.
- (12) Dersom Holship slutter seg til Rammeavtalen, vil selskapet forplikte seg til å respektere den fortrinnsrett til losse- og lastearbeid som er nedfelt i denne, det vil si at Holship ved skipsanløp vil bli forpliktet til å bestille losse- og lastearbeidere fra Administrasjonskontoret. Det er Administrasjonskontoret som avgjør om det har kapasitet til å utføre oppdraget, eller om Holship kan få benytte egne ansatte. Rammeavtalen pålegger ikke Holship å gjøre bruk av Administrasjonskontorets ansatte til annet enn losse- og lasteoppgaver.
- (13) Ved tilslutning til Rammeavtalen vil Holship bli forpliktet til å betale for losse- og lasteoppgavene etter de til enhver tid gjeldende satser fastsatt av Administrasjonskontoret. Selskapet vil imidlertid ikke bli forpliktet til å delta i driften av Administrasjonskontoret, og vil heller ikke være forpliktet til å tilføre Administrasjonskontoret kapital i form av selskapsinnskudd eller lignende.
- (14) I brev til Holship 10. april 2013 fremsatte NTF krav om tariffavtale og krevde at Rammeavtalen ble gjort gjeldende. Holship besvarte ikke brevet. I brev 26. april 2013 varslet NTF "boikott/blokade av selskapet". Nytt boikottvarsel ble fremsatt i brev 11. juni 2013. Det heter her blant annet:

"Ettersom Holship har avvist ethvert krav om tariffavtale fra Norsk Transportarbeiderforbund fastholder vi varselet om blokade av skipsanløp i Drammen havn der Holship er involvert i lossing- og/eller lasting. Formålet med blokaden er å oppnå tariffavtale, herunder å få avtalefestet prinsippene om fortrinnsrett i den ordinære Rammeavtalen § 2 nr. 1 i forhold til den losse- og lastevirksomhet Holship driver i Drammen havn. Når det gjelder lovligheten av blokade i slike tilfeller vises det til Høyesteretts avgjørelse i Sola Havnsaken, se Rt. 1997 side 337."

- (15) I brevet varslet NTF også søksmål for å få avgjort om den varslede boikotten var lovlig.
- (16) Ved stevning 12. juni 2013 reiste NTF søksmål mot Holship for Drammen tingrett med påstand om at den boikotten som ble varslet 11. juni 2013, er lovlig.
- (17) Tingretten avsa 19. mars 2014 dom med slik domsslutning:

- 1. Boikott som varslet i Norsk Transportarbeiderforbunds brev av 11.6.2013 til Holship Norge AS, er lovlig.**
- 2. Holship Norge AS dømmes til innen 14 dager å betale til Norsk Transportarbeiderforbund kr 513.725,- i saksomkostninger med tillegg av forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer."**

(18) Holship anket til Borgarting lagmannsrett og krevde midlertidig forføyning etter boikottloven § 3 tredje ledd for å få stanset ytterligere boikottaksjoner frem til rettskraftig avgjørelse forelå. Lagmannsretten avsa 14. mai 2014 kjennelse som forbød NTF å boikotte Holship frem til lovligheten av den varslede boikotten var rettskraftig avgjort. I hovedsaken avsa Borgarting lagmannsrett 8. september 2014 dom med slik domsslutning:

"1. Anken forkastes.

2. Holship Norge AS betaler i sakskostnader til Norsk Transportarbeiderforbund 450 938 – firehundreogfemtitusennihundreogtrettiåtte – kroner innen to uker fra dommens forkynnelse."

(19) Samtidig avsa lagmannsretten kjennelse for at den midlertidige forføyningen av 14. mai 2014 skulle oppheves.

(20) Både tingretten og lagmannsretten kom til at fortrinnsretten etter Rammeavtalen faller inn under unntaket for arbeids- og ansettelsesvilkår etter EØS-avtalens konkurranseregler og norsk konkurranselovgivning, jf. konkurranseloven § 3 første ledd. Lagmannsretten fant videre at kravet om tariffavtale ikke er i strid med etableringsretten etter EØS-avtalen artikkel 31. Denne bestemmelsen var ikke påberopt for tingretten.

(21) Holship har anket til Høyesterett over lagmannsrettens rettsanvendelse. Ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 14. januar 2015 ble anken tillatt fremmet.

(22) I saksforberedende møte 2. mars 2015 besluttet forberedende dommer å innhente rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen. Anmodning om rådgivende uttalelse ble sendt 5. juni 2015.

(23) EFTA-domstolen avgav 19. april 2016 rådgivende tolkingsuttalelse med denne slutning:

"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 havnebruger 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."**
- (24) I medhold av tvisteloven § 30-14 tredje ledd besluttet Høyesteretts ankeutvalg 25. mai 2016 å begrense ankeforhandlingen for Høyesterett til å gjelde "spørsmålet om tariffunntaket fra konkurranseretten kommer til anvendelse i saken og om boikotten er ulovlig som følge av etableringsretten i EØS-avtalen artikkel 31 i lys av Grunnloven § 101 og Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen artikkel 11". Samme dag besluttet justitarius at saken skal behandles i plenum, jf. domstoloven § 5 fjerde ledd.
- (25) For Høyesterett har Bedriftsforbundet og NHO opptrådt som partshjelpere for Holship, mens LO har vært partshjelper for NTF, jf. tvisteloven § 15-7 første ledd bokstav b.
- (26) Staten ved Justis- og beredskapsdepartementet har i medhold av tvisteloven § 30-13 opptrådt for å ivareta det offentlige interesser.
- (27) Videre har Dampskibsexpeditøernes Forening levert skriftlig innlegg etter tvisteloven § 15-8.
- (28) Den ankende part – *Holship Norge AS* – og partshjelperen *Bedriftsforbundet* har i hovedsak anført:
- (29) Boikotten er ulovlig av flere grunner.
- (30) For det første er en boikott for å innføre Rammeavtalen med fortrinnsrett til losse- og lastearbeid for ansatte ved Administrasjonskontoret i strid med etableringsretten etter EØS-avtalen artikkel 31. Den restriksjon som fortrinnsretten utgjør for Holships mulighet til å etablere seg med egen losse- og lastevirksomhet, kan ikke rettferdiggjøres. Boikotten har dermed et rettsstridig formål og er ulovlig etter boikottloven § 2 bokstav a første alternativ.
- (31) For det andre vil boikotten lede til rettsbrudd, idet den vil føre til avtalebrudd overfor Holships kunder og oppsigelser av ansatte i Holship. Som følge av dette er boikotten også ulovlig etter boikottloven § 2 bokstav a andre alternativ.
- (32) For det tredje er boikotten utilbørlig og uforholdsmessig og dermed ulovlig etter boikottloven § 2 bokstav c andre alternativ og § 2 bokstav c tredje alternativ. Boikotten står i et problematisk forhold til etableringsretten, konkurransereglene, den negative organisasjonsfriheten og rettighetene til Holship og selskapets ansatte og kunder. Disse forholdene må bedømmes samlet ved utilbørlighetsvurderingen. Målet med boikotten – å sikre NTFs medlemmer fast ansettelse og sikre inntekter – kan oppnås med mindre inngripende midler. Det vises i denne sammenheng særlig til at fast ansettelse er arbeidsmiljølovens hovedregel.
- (33) Boikott som arbeidskampmiddel uten arbeidsnedleggelse nyter ikke vern etter Grunnloven § 101, Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 11 eller

andre menneskerettskonvensjoner. For det tilfellet at boikott nyter et slikt vern, er den uansett ikke forholdsmessig i denne saken på grunn av konsekvensene for Holships ansatte. Det er ikke grunnlag for å hevde at Grunnloven § 92 er en inkorporasjonsbestemmelse som gir ILO-konvensjon nr. 87, nr. 98 og nr. 137 og Den reviderte europeiske sosialpakten grunnlovs rang.

- (34) Boikotten er endelig rettsstridig fordi fortrinnsretsbestemmelsen er i strid med konkurransereglene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Rammeavtalen omfattes ikke av tariffuntaket. Ved vurderingen av tariffavtalens formål må NTF lokalt og sentralt samt Administrasjonskontoret i Drammen identifiseres.
- (35) Holship har nedlagt slik påstand:
1. **Holship Norge AS frifinnes**
 2. **Holship Norge AS tilkjennes sakens kostnader for alle instanser."**
- (36) Bedriftsforbundet har nedlagt slik påstand:
- "Bedriftsforbundet tilkjennes sakskostnader for Høyesterett."**
- (37) Partshjelperen *Næringslivets Hovedorganisasjon* har i hovedsak sluttet seg til Holships og Bedriftsforbundets anførsler, og har særlig gjort gjeldende at boikotten er ulovlig fordi systemet med fortrinnsrett i realiteten er en regulering av markedet, og at tiden har løpt fra dette systemet. Høyesterett må legge EFTA-domstolens rådgivende tolkingsuttalelse til grunn. Dersom uttalelsen etterlater tvil om hvordan EØS-retten skal forstås, må EFTA-domstolen spørres på nytt. Slik tvil foreligger imidlertid ikke.
- (38) Næringslivets Hovedorganisasjon har nedlagt slik påstand:
- "Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) tilkjennes sakens omkostninger."**
- (39) Ankemotparten – *Norsk Transportarbeiderforbund* – og partshjelperen *Landsorganisasjonen i Norge* har i hovedsak anført:
- (40) Boikotten overfor Holship for å oppnå tilslutning til Rammeavtalen med fortrinnsrett til losse- og lastearbeid for havnearbeidere ved Administrasjonskontoret er lovlig. Den har et lovlig formål om å trygge tilsettingsforhold og ordnede lønns- og arbeidsvilkår for en utsatt gruppe arbeidstakere som leverer en atypisk tjeneste i et atypisk marked.
- (41) Rammeavtalen er ikke i strid med losse- og lastearbeidernes – eller Holships – negative organisasjonsfrihet. Det er ingen organisasjonstvang i Drammen havn eller i andre havner hvor fortrinnsretten følger av tariffavtale.
- (42) Boikotten vil heller ikke føre til rettsbrudd overfor Holships ansatte eller selskapets medkontrahtenter. Hensynet til Holships ansatte kan ivaretas gjennom tilpasningsforhandlinger.
- (43) Etter NTFs og LOs oppfatning er boikotten ikke utilbørlig eller uforholdsmessig. Utilbørlighetsalternativet i boikottloven § 2 bokstav c er forbeholdt de ekstraordinære tilfellene hvor det er tale om misbruk av boikottinstituttet.

Uforholdsmessighetsvurderingen etter § 2 bokstav c er ikke begrenset til en ren nødvendighetsvurdering. Skranken etter norsk rett er misbruk.

- (44) Ettersom Holship allerede driver virksomhet i Norge, utgjør fortrinnsretten ikke en restriksjon på Holships etableringsadgang som er i strid med etableringsretten etter EØS-avtalen artikkel 31. Fortrinnsretten utgjør kun en regulering av virksomhetsutøvelsen, og denne reguleringen er lik uavhengig av foretakets opprinnelsesland. En eventuell restriksjon må uansett anses lovlig, da fortrinnsretten forfølger et lovlig formål og er egnet og nødvendig for å ivareta formålet. Det skal her ikke foretas en streng (absolutt) forholdsmessighetstest ("stricto sensu").
- (45) Rammeavtalen nyter konkurranserettslig immunitet i medhold av tariffunntaket fra konkurransereglene og er dermed ikke i strid med EØS-avtalen artikkel 53 eller 54. EFTA-domstolen har ved å legge vekt på avtalens virkning lagt til grunn en uriktig forståelse av tariffunntaket. Domstolen synes å bygge på generaladvokat Jacobs' forslag til avgjørelse i EU-domstolens sak C-67/96 *Albany*, men dette forslaget ble ikke fulgt opp av EU-domstolen i dommen 21. september 1999. Det avgjørende etter gjeldende rett er en vurdering av avtalens formål og karakter. Rammeavtalen har utelukkende til formål å beskytte arbeidstakere. I denne sammenheng vises det også til at EFTA-domstolen uriktig har lagt til grunn at NTF kan identifiseres med Administrasjonskontoret, og at kontoret har forretningsmessig formål.
- (46) Et inngrep i retten til boikott vil under enhver omstendighet være i strid med Grunnloven § 101 tolket i samsvar med EMK artikkel 11. Disse bestemmelsene beskytter boikott som arbeidskampmiddel i situasjoner hvor ingen andre midler vil være effektive. Et inngrep i retten til boikott vil i denne saken under enhver omstendighet ikke være proporsjonalt.
- (47) Endelig anføres at Grunnloven § 92 er en inkorporasjonsbestemmelse som gir ILO-konvensjonene og Den reviderte europeiske sosialpakten grunnlovs rang. Boikott som kampmiddel er vernet av Den reviderte europeiske sosialpakt, ILO-konvensjon nr. 87 om foreningsfrihet og vern av organisasjonsretten og ILO-konvensjon nr. 98 om retten til å organisere seg og til å føre kollektive forhandlinger. Selv om disse konvensjonene ikke skulle anses å ha grunnlovs rang, må boikottloven som følge av presumsjonsprinsippet uansett tolkes i samsvar med ILO-konvensjonene og Den reviderte europeiske sosialpakten.
- (48) Norsk Transportarbeiderforbund har nedlagt slik påstand:
- "1. Anken forkastes.
 2. Norsk Transportarbeiderforbund tilkjennes sakens omkostninger for ting-, lagmanns- og Høyesterett."
- (49) Landsorganisasjonen i Norge har nedlagt slik påstand:
- "Ankende part og ankende parts partshjelpere dømmes til in solidum å betale saksomkostninger til Landsorganisasjonen i Norge."**
- (50) *Staten v/Justis- og beredskapsdepartementet* har i korte trekk fremholdt:

- (51) Det foreligger ingen regelkonflikt mellom EØS-avtalen på den ene siden og Grunnloven/EMK på den andre. Staten vil ikke konkludere på noen av sakens hovedspørsmål og vil heller ikke nedlegge påstand.
- (52) Høyesterett må foreta en selvstendig vurdering av EØS-retten på bakgrunn av EFTA-domstolens rådgivende uttalelse. Denne uttalelsen skal imidlertid tillegges vesentlig vekt. Det tilkommer Høyesterett å tolke nasjonal rett og å foreta bevisbedømmelse og subsumsjon.
- (53) Når det gjelder etableringsretten, kan det spørres hva som utgjør det restriktive tiltaket – boikotten som sådan eller en godkjennelse av boikotten fra myndighetenes side. Videre kan det spørres om EFTA-domstolen i sin uttalelse har tatt stilling til om boikotten utgjør en restriksjon overfor Holship når selskapet allerede er etablert i riket.
- (54) Dersom det foreligger en restriksjon, blir spørsmålet om denne kan rettferdiggjøres. EU- og EØS-retten sikrer grunnleggende rettigheter. Kollektive forhandlinger og kollektive tiltak er vernet som grunnleggende rettigheter. Ved vurderingen av om en restriksjon skal aksepteres, må det foretas en avveining mellom hensynet til de fire friheter på den ene siden og grunnleggende rettigheter på den andre, hvor målet er å treffe en "fair balance", jf. EU-domstolens avgjørelser i sakene C-438/05 *Viking Line ABP mfl.*, C-341/05 *Laval* og C-112/00 *Schmidberger*. Det skal ikke foretas en forholdsmessighetsvurdering "stricto sensu".
- (55) Når det videre gjelder spørsmålet om tariffunntaket kommer til anvendelse, er det avgjørende om Rammeavtalens formål er å forbedre "arbeids- og ansettelsesvilkår". Dette begrepet skal fortolkes vidt. Staten konkluderer heller ikke på dette punkt, men viser til at det er uklart hvorfor EFTA-domstolen trekker inn boikotten og spørsmålet om identifikasjon mellom NTF og Administrasjonskontoret ved denne vurderingen.
- (56) Ettersom grunnleggende rettigheter er en del av EØS-retten, vil det ikke oppstå motstrid mellom EØS-avtalen på den ene siden og Grunnloven/EMK på den andre. Staten viser her til at Grunnloven § 101 gir samme vern som EMK artikkel 11, og at det må innfortolkes en inngrepshjemmel i Grunnloven § 101 tilsvarende EMK artikkel 11 nr. 2.
- (57) Grunnloven § 92 kan etter statens syn ikke forstås som en inkorporasjonsbestemmelse som gir ILO-konvensjonene og Den reviderte europeiske sosialpakten grunnlovs rang. Presumsjonsprinsippet kan ikke medføre at boikott som arbeidskampmiddel eventuelt nyter et sterkere vern, ettersom EMK og EØS-avtalen etter henholdsvis menneskerettsloven og EØS-loven går foran disse konvensjonene.
- (58) *Mitt syn på saken*
- (59) Spørsmålet er om den boikott av Holship som NTF varslet i brev 11. juni 2013, er lovlig.
- (60) Boikotten går ut på å hindre ansatte i Holship i å losse og laste skip som anløper Drammen havn, og som frakter gods som Holship skal motta eller sende. Formålet med boikotten er å tvinge Holship til å inngå tariffavtale med NTF, hvor losse- og lastearbeidere som er ansatt ved Administrasjonskontoret i Drammen havn, får fortrinnsrett til å utføre alt losse- og lastearbeid i havnen.

(61) Boikottloven § 2 lyder:

"Boikott er rettsstridig:

- a) når den har et rettsstridig formål eller ikke kan nå sitt mål uten å føre til et rettsbrudd;
- b) når den blir foretatt eller holdt vedlike ved rettsstridige midler eller på en unødig opphissende eller krenkende måte eller ved usanne eller misvisende opplysninger;
- c) når den vil skade vesentlige samfunnsinteresser eller virke utilbørlig, eller når det ikke er noe rimelig forhold mellom den interesse som skal fremmes ved boikotten og den skade som den vil føre med seg;
- d) når den blir foretatt uten at den som boikotten er rettet mot har fått rimelig varsel, eller uten at det på forhånd overfor ham og dem som en boikottoppfordring er rettet til, er gjort fyllestgjørende rede for grunnen til boikotten."

(62) Holship har prinsipalt anført at den varslede boikott har et rettsstridig formål fordi den har som formål å tvinge selskapet til å akseptere at havnearbeidere ved Administrasjonskontoret skal ha fortrinnsrett til losse- og lastearbeid, og derfor rammes av boikottloven § 2 bokstav a.

(63) Før jeg går inn på hvorvidt boikotten har et rettsstridig formål, skal jeg ta stilling til hvilken rang internasjonale menneskerettskonvensjoner har etter norsk rett. Dette har vært et omstridt spørsmål i saken.

(64) *Hvilken status har internasjonale menneskerettskonvensjoner?*

(65) Etter menneskerettsloven § 2, jf. § 3 gjelder nærmere angitte internasjonale menneskerettskonvensjoner "som norsk lov" med forrang foran annen lovgivning. Enkelte konvensjoner er inkorporert ved annen lovgivning. Konvensjoner som er inkorporert ved lov, har i prinsippet lovs trinnhøyde.

(66) Ved grunnlovsvedtak 13. mai 2014 fikk Grunnloven flere nye viktige bestemmelser om menneskerettigheter. Disse nye grunnlovsbestemmelsene har selvsagt grunnlovs trinnhøyde og går dermed foran bestemmelser som er gitt ved ordinær lov.

(67) Grunnloven § 92, som fikk sin nåværende form ved grunnlovsrevisjonen 13. mai 2014, pålegger statens myndigheter å "respekttere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter". Ordlyden er ikke klar, og på bakgrunn av enkelte uttalelser i Innst. 186 S (2013–2014), side 22 har det vært reist spørsmål om bestemmelsen skal forstås slik at den gir alle internasjonale menneskerettsbestemmelser som Norge var bundet av 13. mai 2014, grunnlovs rang, se Skoghøy, "Menneskerettighetenes stilling etter Grunnloven", Lov og Rett 2015 side 195–196.

(68) I vår sak har NTF med støtte av LO hevdet at Grunnloven § 92 er en inkorporasjonsbestemmelse som gir Den reviderte europeiske sosialpakten, ILO-konvensjon nr. 87 om foreningsfrihet og vern av organisasjonsretten og ILO-konvensjon nr. 98 om retten til å organisere seg og til å føre kollektive forhandlinger grunnlovs trinnhøyde. Som grunnlag for dette har det særlig vært vist til at flertallet i Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité i Innst. 186 S (2013–2014), side 22 uttaler at henvisningen til internasjonale menneskerettskonvensjoner i Grunnloven § 92 tar sikte på

å hindre "misforståelser om hvilke internasjonale menneskerettigheter som har grunnlovs rang".

- (69) Denne uttalelsen er imidlertid vanskelig å forene med at kontroll- og konstitusjonskomiteens flertall samtidig sier at "en henvisning til Norges internasjonale forpliktelser ikke vil endre dagens rettstilstand". Hvis § 92 gir alle internasjonale menneskerettsbestemmelser som Norge var bundet av 13. mai 2014, grunnlovs rang, vil bestemmelsen ikke bare gjøre menneskerettsloven overflødig, men også de menneskerettsbestemmelser som ved grunnlovsrevisjonen i 2014 ble tatt inn i Grunnloven, og bestemmelsen ville åpenbart ha endret tidligere rettstilstand.
- (70) På denne bakgrunn finner jeg det klart at Grunnloven § 92 ikke kan tolkes som en inkorporasjonsbestemmelse, men må forstås som et pålegg til domstolene og andre myndigheter om å håndheve menneskerettighetene på det nivå de er gjennomført i norsk rett.
- (71) Etter dette går jeg over til spørsmålet om den varslede boikott har et rettsstridig formål.
- (72) *Høyesteretts dom i Rt. 1997 side 334 (Sola Havn) og EFTA-domstolens rådgivende tolkingsuttalelse*
- (73) Høyesterett kom i Rt. 1997 side 334 (Sola Havn) til at en boikott som hadde som formål å oppnå en tariffavtale som gav havnearbeidere ved Losse- og Lastekontoret i Stavanger fortrinnsrett til losse- og lastearbeid, ikke hadde et rettsstridig formål fordi fortrinnsretten var hjemlet i tariffavtale med lang tradisjon i havnebyene. Med tilslutning fra de øvrige fire dommerne uttalte førstvoterende:

"Boikott har vært brukt i atskillig utstrekning i arbeidsforhold og er anerkjent som et lovlig kampfremiddel i arbeidsretten. Jeg oppfatter boikottloven og dens forarbeider – Ot.prp. nr. 70 for 1947 som blant annet bygger på rettspraksis fra mellomkrigstiden – slik at loven bygger på at en boikott fra en arbeidstakerorganisasjon overfor en bedrift med det formål å oppnå tariffavtale, generelt sett vil ha et lovlig formål. At Stavanger Havnelager AS og de fleste av dens ansatte ikke er organisert, kan jeg ikke se er noe avgjørende moment i denne forbindelse. Formålet er ikke å presse bedriften eller de ansatte til å organisere seg.

Formålet i dette tilfellet er ikke bare å få tariffavtale, men også å få avtalefestet Rammeavtalen § 2 nr 1 eller prinsippene i den. Dette er som jeg har nevnt, en særegen tariffavtalebestemmelse. Den tar ikke sikte på å bedre lønns- og arbeidsvilkårene for bedriftens ansatte, men å gi visse arbeidere utenfor bedriften fortrinnsrett til en del av bedriftens arbeidsoppgaver. Når jeg likevel mener at dette ikke kan føre til at formålet med boikotten kan anses rettsstridig, skyldes det følgende forhold:

Rammeavtalen med bestemmelsen i § 2 nr 1 er en alminnelig anerkjent tariffavtale med tradisjon i havnebyene. Den har bakgrunn i de særlige forhold for arbeiderne i havnene, som opprinnelig var løsarbeidere uten sikkerhet for arbeid og lønn. Bakgrunnen for bestemmelsen og utviklingen i tariffsystemet for havnearbeidere fremgår nærmere av lagmannsrettens dom. Jeg tilføyer at bestemmelsen i Rammeavtalen § 2 nr 1 har vært ansett som ledd i oppfyllelsen av Norges forpliktelser etter ILO-konvensjon nr 137 om havnearbeid. Etter artikkel 3 i konvensjonen skal registrerte havnearbeidere ha fortrinnsrett til havnearbeidet.

Bedriftens henvisning til konkurranselovgivningen kan jeg vanskelig se kan ha noen betydning i en slik sak. Arbeids- og lønnsforhold er unntatt fra denne lovgivningen, nettopp fordi systemet med tariffavtaler forutsetter begrensninger i konkurransen. Som

nevnt innledningsvis er losse- og lastekontorene partssammensatte organer opprettet for å gjennomføre bestemmelsene i Rammeavtalen. Kontorene stiller ansatte til rådighet for å utføre losse- og lastearbeidet i vedkommende havn. Formålet er ikke å oppnå fortjeneste for kontorene, som drives ut fra selvkost."

- (74) Det fremgår av det jeg har gjengitt fra dommen, at Høyesterett den gang – uten noen inngående drøftelse – la til grunn at fortrinnsrett til losse- og lastearbeid for havnearbeidere ved Losse- og Lastekontoret i Stavanger var omfattet av tariffunntaket fra konkurranselovgivningen, og at ordningen derfor ikke var i strid med konkurranseretten. Det var i den saken ikke påberopt at fortrinnsretten var i strid med etableringsretten etter EØS-avtalen artikkel 31, og dette ble derfor ikke vurdert av Høyesterett.
- (75) Som jeg har redegjort for under fremstillingen av saksforholdet, har Høyesterett i vår sak innhentet rådgivende tolkingsuttalelse fra EFTA-domstolen. I sin tolkingsuttalelse 19. april 2016 har domstolen konkludert med at det 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 slik tariffavtale, når tilslutningen innebærer at havnebrukeren fortrinnsvis må kjøpe losse- og lastetjenester fra et eget foretak, som Administrasjonskontoret som denne saken gjelder, fremfor å benytte sine egne ansatte til det samme arbeid". Når det gjelder spørsmålet om fortrinnsrett til losse- og lastearbeid for havnearbeidere ved Administrasjonskontoret utgjør en restriksjon på etableringsretten etter EØS-avtalen artikkel 31, har EFTA-domstolen konkludert slik:

"En boikott som denne 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."

- (76) Det følger av Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol (ODA) artikkel 34 første ledd at tolkingsuttalelser fra EFTA-domstolen ikke er formelt bindende for nasjonale domstoler, men bare "rådgivende". Dette innebærer at nasjonale domstoler i EFTA-statene må ta selvstendig stilling til hvordan EØS-retten skal forstås og anvendes.
- (77) Ved tolkingen av EØS-retten må imidlertid de nasjonale domstolene legge stor vekt på hva EFTA-domstolen har uttalt om hvordan EØS-retten skal forstås. Formålet med EFTA-domstolen er ifølge fortalen til ODA blant annet "å nå frem til og opprettholde en lik fortolkning og anvendelse av EØS-avtalen og de bestemmelser i Fellesskapets regelverk som i det vesentlige er gjengitt i nevnte avtale, og å nå frem til lik behandling av enkeltpersoner og markedsdeltagere med hensyn til de fire friheter og konkurransevilkårene". Nasjonale domstoler må derfor normalt følge EFTA-domstolens forståelse av EØS-retten og kan ikke fravike en tolkingsuttalelse av EFTA-domstolen uten at det foreligger "særlige grunner", se Rt. 2013 side 258 avsnitt 93–94 med henvisning til plenumsdommen i Rt. 2000 side 1811 på side 1820. For at EFTA-domstolen skal fylle den rolle som den er tiltenkt, kan domstolens forståelse av EØS-retten følgelig ikke fravikes uten at det foreligger gode og tungtveiende grunner for det.

- (78) Det EFTA-domstolen skal uttale seg om i rådgivende tolkingsuttalelser, er tolkningen av EØS-retten, se ODA artikkel 34 første ledd. Bevisbedømmelsen hører under de nasjonale domstolene. Det samme gjelder i utgangspunktet den konkrete subsumsjon, men her går det ikke noe skarpt skille. Hvor langt EFTA-domstolen vil gå i å utpensle EØS-retten i detalj i en tolkingsuttalelse, beror blant annet på de spørsmål som den nasjonale domstol har stilt, og hvor detaljert faktum er angitt i spørsmålsskriftet.
- (79) *Er boikotten beskyttet av Grunnloven § 101 første ledd?*
- (80) Etter Grunnloven § 101 første ledd har enhver "rett til å danne, slutte seg til og melde seg ut av foreninger, herunder fagforeninger og politiske partier". Bestemmelsen kom inn i Grunnloven ved grunnlovsreformen i 2014. NTF har med støtte av LO hevdet at boikott omfattes av retten til organisasjonsfrihet etter denne bestemmelsen. Hvis den boikott av Holship som NTF har varslet, er beskyttet av Grunnloven § 101 første ledd, må rettigheter etter EØS-avtalen vike. Jeg behandler derfor forståelsen av Grunnloven § 101 første ledd før jeg går inn på om boikotten er i strid med retten til etablering etter EØS-avtalen artikkel 31.
- (81) Ved fastleggelsen av retten til organisasjonsfrihet etter Grunnloven § 101 første ledd er det naturlig å ta utgangspunkt i retten til organisasjonsfrihet etter EMK artikkel 11. På samme måte som Grunnloven § 102 om rett til privatliv er § 101 første ledd utformet med blant annet den tilsvarende rett etter EMK som forbilde, jf. Dokument 16 (2011–2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i grunnloven, side 163 ff., jf. Innst. 186 S (2013–2014), side 26–27. For retten til privatliv har Høyesterett allerede fastslått at Grunnloven § 102 må tolkes med utgangspunkt i den tilsvarende bestemmelse i EMK, se Rt. 2015 side 93 (Maria) avsnitt 57 og 60 og Rt. 2015 side 155 (Rwanda) avsnitt 40 og 44. Jeg finner det klart at det samme må gjelde for retten til organisasjonsfrihet. Dette innebærer blant annet at selv om Grunnloven § 101 første ledd ikke inneholder noen uttrykkelig adgang til å gjøre inngrep i organisasjonsfriheten tilsvarende EMK artikkel 11 nr. 2, må en slik adgang innfortolkes.
- (82) Etter EMK artikkel 11 nr. 2 kan det gjøres inngrep i retten til organisasjonsfrihet dersom inngrepet er "foreskrevet ved lov og er nødvendige i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet eller offentlige trygghet, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral eller for å beskytte andres rettigheter og friheter". På samme måte må det kunne gjøres inngrep i retten til organisasjonsfrihet etter Grunnloven § 101 første ledd dersom inngrepet er hjemlet i lov, er begrunnet i et legitimt formål og er nødvendig i et demokratisk samfunn. Det siste vilkåret beror på en sammensatt proporsjonalitetsvurdering.
- (83) Som jeg skal komme tilbake til, er det ikke avklart om boikott som ikke inngår som ledd i en streik, er beskyttet av EMK artikkel 11. Siden en eventuell rett til boikott etter Grunnloven § 101 første ledd uansett må undergis en proporsjonalitetsbegrensning, finner jeg det ikke nødvendig å ta stilling til om rett til boikott overhodet er omfattet av bestemmelsen.
- (84) Retten til fri etablering er beskrevet i EØS-avtalen artikkel 31 og er dermed klart lovhemlet, jf. EØS-loven § 2. Denne retten tar sikte på å beskytte andres rettigheter og

friheter og er således også legitimt begrunnet. Spørsmålet blir dermed om det inngrep i en eventuell rett til boikott som etableringsretten representerer, er proporsjonalt.

- (85) Etableringsretten etter EØS-avtalen artikkel 31 utgjør en fundamental rett for EØS-samarbeidet, og dersom boikott er beskyttet etter Grunnloven § 101 første ledd, må disse rettighetene som ledd i proporsjonalitetsvurderingen avveies mot hverandre. Denne avveiningen er av samme karakter som den avveining som må foretas når det på grunnlag av grunnrettigheter i EU- og EØS-retten blir gjort inngrep i etableringsretten: Mens rettigheter etter EØS-avtalen kan rettferdiggjøre inngrep i grunnlovfestede eller konvensjonsbaserte menneskerettigheter, kan grunnlovfestede eller konvensjonsbaserte menneskerettigheter rettferdiggjøre inngrep i rettigheter etter EØS-avtalen.
- (86) Selv om vilkårene for inngrep i menneskerettigheter og rettigheter etter EØS-avtalen er formulert noe forskjellig, må substansen i avveiningene bli den samme. Riktignok kan det ikke utelukkes at Grunnloven § 101 første ledd i fremtiden kan bli tolket på en måte som avviker fra EMDs tolking av EMK artikkel 11 og EU-domstolens og EFTA-domstolens syn på foreningsfriheten som grunnleggende rettighet i EU- og EØS-retten. Det kan heller ikke utelukkes at EMD kan komme til å ha et annet syn på hvordan foreningsfriheten må avveies mot retten til fri bevegelse i det indre marked, enn det EU-domstolen og EFTA-domstolen vil ha. Jeg kan imidlertid ikke se at det er grunnlag for å hevde at det i dag eksisterer noen forskjell her. Uansett om man tar utgangspunkt i Grunnloven og avveier de rettigheter som følger av den, mot rettigheter etter EØS-avtalen, eller om man tar utgangspunkt i EØS-avtalen og avveier rettigheter etter den mot Grunnloven, må man ved vurderingen av om det er grunnlag for inngrep, søke å finne frem til et rimelig balansepunkt mellom de aktuelle rettighetene. Resultatet av avveiningen av foreningsfriheten mot etableringsfriheten bør ikke avhenge av hvilket regelsett man tar utgangspunkt i.
- (87) Hvordan retten til organisasjonsfrihet etter EMK artikkel 11 skal avveies mot retten til etablering etter EØS-avtalen artikkel 31, vil jeg behandle ved vurderingen av om det er grunnlag for inngrep i etableringsretten etter EØS-avtalen. Avveiningen av retten til organisasjonsfrihet etter Grunnloven § 101 første ledd mot etableringsretten etter EØS-avtalen må i denne saken bli den samme. Jeg går derfor nå over til å behandle spørsmålet om den varslede boikotten utgjør en restriksjon på retten til etablering etter EØS-avtalen artikkel 31.
- (88) *Utgjør den varslede boikotten en restriksjon på etableringsretten etter EØS-avtalen artikkel 31?*
- (89) EØS-avtalen artikkel 31 nr. 1 bestemmer:

"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 kapitlet om kapital."

- (90) For at EØS-avtalens bestemmelser om fri bevegelse skal få anvendelse, må virksomheten ha et grenseoverskridende element. Dette vilkåret er klart oppfylt. Holship er eid av et dansk selskap. Den fortrinnsrett som NTF forsøker å påtvinge Holship, har således virkning over landegrensene.
- (91) Det fremgår av artikkel 31 nr. 1 andre ledd at personer og selskaper som etablerer seg i en EØS-stat, må utøve sin næringsvirksomhet "på de vilkår som lovgivningen i etableringsstaten fastsetter for egne borgere". I visse situasjoner vil EØS-avtalens regler om etableringsrett således bare beskytte mot diskriminerende nasjonale ordninger, se for eksempel EU-domstolens dom 1. juli 2010 i sak C-393/08 *Sbarigia*. Hvor langt dette rekker, er det ikke nødvendig å gå inn på. Det er i alle fall klart at selve etableringsadgangen etter artikkel 31 nr. 1 første ledd ikke er undergitt denne begrensningen, jf. EFTA-domstolens rådgivende tolkingsuttalelse avsnitt 115 med videre henvisninger. Begrensninger i adgangen til et marked rammes således av artikkel 31 selv om begrensningene ikke diskriminerer ut fra nasjonalitet.
- (92) NTF har med støtte fra LO gjort gjeldende at Holship ikke kan påberope etableringsretten etter artikkel 31, da selskapet allerede er etablert med annen virksomhet i Norge. Denne anførselen kan ikke føre frem. Den virksomhet Holship driver fra før, er spedisjonsvirksomhet og rengjøring av fruktkasser. Losse- og lastearbeid er en annen type næringsvirksomhet. Retten til markedstilgang etter artikkel 31 nr. 1 første ledd må også gjelde for selskaper som fra før av er etablert i vedkommende stat med virksomhet i et annet marked. I EFTA-domstolens tolkingsuttalelse er dette forutsatt i avsnitt 111. Det vil gi liten mening å kreve at Holship må danne et eget datterselskap for losse- og lastevirksomheten i Drammen havn for å kunne kreve å få tilgang til dette markedet.
- (93) Som EFTA-domstolen har fremholdt i sin tolkingsuttalelse avsnitt 115–116, retter EØS-avtalen artikkel 31 seg mot enhver restriksjon på etableringsretten i EØS, "også om den er av begrenset omfang eller av mindre betydning". Hvor stort behov Holship har for å få utført losse- og lastetjenester, er således uten betydning for vurderingen av om det foreligger en restriksjon på etableringsadgangen.
- (94) EØS-avtalen artikkel 31 sier ikke noe om hvem som er pliktsubjekter etter bestemmelsen. Det er imidlertid sikker rett at bestemmelsen ikke bare beskytter mot inngrep av offentlige myndigheter, men også mot etableringsrestriksjoner som blir søkt gjennomført ved kollektive tiltak av blant annet fagforeninger, se for eksempel EU-domstolens dom 11. desember 2007 i sak C-438/05 *Viking Line ABP mfl.* avsnitt 33 med videre henvisninger. Dette er også lagt til grunn i EFTA-domstolens tolkingsuttalelse avsnitt 113.
- (95) Det er etter dette ikke tvilsomt at den fortrinnsrett til losse- og lastearbeid for havnearbeidere ved Administrasjonskontoret i Drammen havn som NTF forsøker å påtvinge Holship, er en restriksjon på retten til etablering etter EØS-avtalen artikkel 31. Etableringsretten etter denne bestemmelsen er imidlertid ikke absolutt, og spørsmålet blir dermed om fortrinnsretten kan rettfærdiggjøres av de unntak som gjelder fra etableringsretten.
- (96) *Utgjør den fortrinnsrett som NTF krever, et lovlig inngrep i etableringsretten etter EØS-avtalen artikkel 31?*

- (97) Etter fast praksis fra EU-domstolen om den tilsvarende bestemmelse i Traktaten om Den europeiske unions virkemåte artikkel 49 kan restriksjoner på etableringsretten som blir håndhevd uten diskriminering etter nasjonalitet, rettfærdiggjøres med grunnlag i tvingende allmenne hensyn, forutsatt at de er egnet til å sikre at målsetningen blir oppnådd, og at de ikke går utover det som er nødvendig for å oppnå dette målet, se blant annet EU-domstolens dom 11. desember 2014 i sak C- 576/13 *Europakommisjonen mot Spania* avsnitt 47. Det er sikker rett at etableringsretten etter EØS-avtalen artikkel 31 må forstås med den samme begrensning, jf. EFTA-domstolens tolkingsuttalelse avsnitt 121–130.
- (98) Hva som utgjør et legitimt tvingende allment hensyn for å gjøre inngrep i etableringsretten, må blant annet vurderes i lys av grunnrettighetene i EU- og EØS-retten, jf. EFTA-domstolens tolkingsuttalelse avsnitt 123. Disse vil kunne tilsi begrensninger i etableringsretten. Og begrensninger i etableringsretten kan bare aksepteres så langt de er forenlig med grunnrettighetene.
- (99) Uavhengig av hvor langt adgangen til boikott er vernet som grunnrettighet etter EU- og EØS-retten, er det på det rene at beskyttelse av arbeidstakere kan være et tvingende allment hensyn som kan rettfærdiggjøre inngrep i etableringsretten, se blant annet EU-domstolens dom 11. desember 2014 i sak C-576/13 *Europakommisjonen mot Spania* avsnitt 50. Dette blir også lagt til grunn i EFTA-domstolens tolkingsuttalelse avsnitt 122. Som det fremgår av EFTA-domstolens tolkingsuttalelse avsnitt 125, krever imidlertid dette en konkret bedømmelse av det aktuelle tiltaket. Det er ikke tilstrekkelig med en abstrakt vurdering.
- (100) Jeg behandler først spørsmålet *om den varslede boikott må aksepteres som lovlig fordi den tar sikte på å beskytte arbeidstakerinteresser.*
- (101) NTF og LO må etter min oppfatning ha rett i at NTFs krav om tariffavtale som sikrer havnearbeidere ved Administrasjonskontoret i Drammen havn fortrinnsrett til losse- og lastearbeid i havnen, i og for seg må anses å ha som overordnet målsetning å ivareta arbeidstakerinteresser. Dette er imidlertid ikke tilstrekkelig til at det inngrep i etableringsretten som en slik fortrinnsrett representerer, skal anses legitimt. Det kan her blant annet vises til EU-domstolens dom 11. desember 2007 i sak C-438/05 *Viking Line ABP mfl.*, hvor EU-domstolen i avsnitt 81 uttalte at selv om et kampmiddel "for en umiddelbar betragtning med rimelighed anses for at være omfattet af formålet om beskyttelse af arbejdstagere", kan "denne kvalifikation ... ikke opretholdes, hvis det godtgøres, at arbejdspladserne og arbejdsvilkårene ikke bliver bragt i fare eller alvorligt truet".
- (102) Her er det spørsmål om NTF ved boikott skal kunne tvinge Holship til å akseptere en fortrinnsrett for de ansatte ved Administrasjonskontoret til å utføre losse- og lastearbeid som Holship ønsker å utføre med egne arbeidstakere.
- (103) Administrasjonskontoret er et eget rettssubjekt, og som tariffavtalebestemmelse er en slik fortrinnsrett som NTF krever, av irregulær karakter. Det vern om arbeids- og lønnsforhold som fortrinnsretten gir, er nokså indirekte. En fortrinnsrett til losse- og lastearbeid for havnearbeidere ved Administrasjonskontoret vil begrense andre aktørers tilgang til dette markedet og dermed i realiteten inneholde en form for næringsregulering. Arbeidsplassene vil bli vernet ved at bedriften blir beskyttet mot konkurranse fra andre.

- (104) Selv om Administrasjonskontoret ikke har økonomisk overskudd som formål, utøver det en økonomisk virksomhet i et marked hvor også andre aktører ønsker å delta. Havnearbeiderne er ansatt ved kontoret, og kontorets virksomhet finansieres av vederlag for losse- og lastearbeider som blir betalt av havnebrukerne. Fortrinnsrett til losse- og lastearbeid i Drammen havn for Administrasjonskontorets ansatte vil begrense andres tilgang til dette markedet. Den vil favorisere Administrasjonskontorets ansatte til fortrenghet for andre arbeidstakere, og gjennom fortrinnsretten vil Administrasjonskontoret bli beskyttet mot konkurranse fra andre foretak.
- (105) Den primære virkningen av den varslede boikott er at Holship, som er eid av et selskap i en annen EØS-stat (Danmark), blir utestengt fra et marked som selskapet vil inn i. Aksjonen skiller seg således fra kollektive aksjoner som har til formål å tvinge en arbeidsgiver til å forbedre egne arbeidstakeres lønns- og arbeidsvilkår eller å forhindre en arbeidsgiver fra å si opp egne ansatte. Som fremhevet av EU-domstolen i dom 28. mars 1995 i sak C-324/93 *Evans* avsnitt 36 og dom 14. desember 2006 i sak C-257/05 *Europakommisjonen mot Østerrike* avsnitt 31, kan ønsket om å beskytte en virksomhets eksistens eller å verne innenlandsk virksomhet mot konkurranse, ikke rettfærdiggjøre restriksjoner på den frie bevegelse i EØS. Når EFTA-domstolens tolkingsuttalelse i vår sak leses i sammenheng, oppfatter jeg det slik at også den bygger på en slik forståelse.
- (106) NTF har til støtte for sitt syn hevdet at EU-domstolen i dom 11. desember 2014 i sak C-576/13 *Europakommisjonen mot Spania* har akseptert en ordning som ligner på den ordningen som NTF krever i Drammen havn, som en lovlig begrensning i etableringsretten. Dette er jeg ikke enig i.
- (107) EU-domstolen vurderte her den spanske ordningen for organisering av havnearbeidere. Etter denne måtte selskaper som ønsket å drive losse- og lastevirksomhet, delta med kapital i et særskilt aksjeselskap for forvaltning av havnearbeidere (SAGEP). De var også forpliktet til fortrinnsvis å ansette arbeidstakere som var skaffet til veie av dette selskapet, og å ansette fast et minste antall slike arbeidere. EU-domstolen fant at disse pliktene utgjorde en ulovlig begrensning på etableringsretten, da de ville tvinge utenlandske losse- og lasteselskaper til å gjennomføre en tilpasning som kunne få store økonomiske konsekvenser og føre til forstyrrelser i driften i en slik grad at selskaper fra andre medlemsstater ble forhindret å etablerte seg i spanske havner (avsnitt 37).
- (108) Spania hevdet at begrensningen i etableringsretten hadde som formål å beskytte arbeidstakerne og å sikre regelmessighet, kontinuitet og kvalitet på havnetjenestene (avsnitt 49). EU-domstolen foretok ikke noen nærmere vurdering av hvorvidt disse formålene – slik de gjorde seg gjeldende i denne saken – utgjorde legitime grunner for å begrense etableringsretten, og vurderte heller ikke om tiltakene var egnede og proporsjonale. Domstolen begrenset seg til å bemerke at Spania ikke hadde påvist at tiltakene var nødvendige og proporsjonale inngrep i etableringsretten, og at det fantes egnede tiltak som var mindre restriktive. Som eksempler på mindre restriktive tiltak nevnte domstolen at det ville være mulig å foreskrive at det skulle være losse- og lasteselskapene selv som forvaltet arbeidskontorene som skulle forsyne dem med arbeidskraft, og at det også ville være mulig å skape en reserve av arbeidskraft forvaltet av private selskaper som fungerte som vikarbyråer og som skaffet til veie arbeidskraft for losse- og lasteselskapene (avsnitt 54 og 55). Jeg kan imidlertid ikke se at EU-domstolen

ved denne uttalelsen har akseptert en slik ordning med fortrinnsrett til losse- og lastearbeid for en gruppe arbeidstakere som vår sak gjelder.

- (109) Selv om det overordnede formål med den varslede boikott er å ivareta arbeidstakerinteresser, kan den etter dette ikke aksepteres som et tvingende legitimt inngrep i etableringsretten.
- (110) Det neste spørsmålet jeg skal ta stilling til, er *om den varslede boikotten er beskyttet som grunnrettighet etter EU- og EØS-retten, og om den i så fall må gå foran etableringsretten.*
- (111) Grunnrettighetene i EU- og EØS-retten omfatter blant annet EMK og andre grunnleggende internasjonale menneskerettigheter, jf. blant annet EU-domstolens dom 18. juni 1991 i sak C-260/89 *ERT* avsnitt 41, dom 12. juni 2003 i sak C-112/00 *Schmidberger* avsnitt 71 ff., dom 18. desember 2007 i sak C-341/05 *Laval* avsnitt 90, dom 11. desember 2007 i sak C-438/05 *Viking Line ABP mfl.* avsnitt 43 ff. og dom 15. juli 2010 i sak C-271/08 *Europakommisjonen mot Tyskland* avsnitt 37 ff. Etter at Lisboa-traktaten trådte i kraft 1. desember 2009, følger dette for EU-landene også av Traktaten om Den europeiske union artikkel 6, som blant annet fastsetter at Den europeiske unions pakt om de grunnleggende rettigheter skal være likeverdig med traktatene.
- (112) En grunnleggende rettighet i EU- og EØS-retten, som blant annet kan utledes av retten til foreningsfrihet etter EMK artikkel 11, er retten til å forhandle kollektivt og treffe kollektive tiltak. I Den europeiske unions pakt om de grunnleggende rettigheter artikkel 28 er retten til å forhandle kollektivt og treffe kollektive tiltak uttrykkelig traktatfestet.
- (113) Retten til å iverksette kollektive tiltak er imidlertid ikke absolutt, men er undergitt en proporsjonalitetsbegrensning. For EU- og EØS-retten følger dette blant annet av *Viking Line*-dommen avsnitt 44–46 og *Laval*-dommen avsnitt 91. Som fremholdt i *Viking Line*-dommen avsnitt 46 og *Laval*-dommen avsnitt 94, må grunnrettighetene avveies mot og søkes forent med de krav som følger av EU- og EØS-retten, og være i overensstemmelse med proporsjonalitetsprinsippet.
- (114) Ved EMDs dom 21. april 2009 *Enerji Yapi-Yol Sen mot Tyrkia* avsnitt 24 ble det fastslått at retten til streik er beskyttet av EMK artikkel 11. Det er imidlertid ikke avklart hvorvidt rett til boikott som ikke har tilknytning til streik, er vernet av denne bestemmelsen. Mens streik som regel betyr et økonomisk offer for den som iverksetter tiltaket, medfører en boikottaksjon som oftest ikke noe økonomisk offer for den som oppfordrer til boikott, og ofte heller ikke for den som iverksetter den, jf. Ot.prp. nr. 70 (1947) om lov om boikott, side 7. Det er derfor ikke gitt at kollektive aksjoner i form av boikott skal nyte samme vern som retten til streik.
- (115) For avgjørelsen av denne saken er det ikke nødvendig å ta stilling til hvorvidt rett til boikott overhodet er vernet av EMK artikkel 11. Hvis EMK artikkel 11 skal forstås slik at den beskytter rett til boikott, er denne retten undergitt samme proporsjonalitetsbegrensning som andre rettigheter som er vernet av denne bestemmelsen, se artikkel 11 nr. 2.

- (116) Som grunnlag for at den boikott som NTF har varslet, er lovlig, har forbundet med støtte av LO hevdet at rett til boikott også er beskyttet av Den reviderte europeiske sosialpakt, ILO-konvensjon nr. 87 om foreningsfrihet og vern av organisasjonsretten og ILO-konvensjon nr. 98 om retten til å organisere seg og til å føre kollektive forhandlinger. I den grad disse konvensjonene beskytter boikott, kan de imidlertid ikke forstås slik at de gir fagforeninger en uinnskrenket rett til å bruke boikott i arbeidskampssammenheng. Også disse konvensjonene må åpne for en nærmere avveining som er beslektet med den som foretas under EMK artikkel 11 nr. 2. For så vidt gjelder Den reviderte europeiske sosialpakt, viser jeg til dens artikkel G og til Sosialrettskomiteens avgjørelse 3. juli 2013 i klagesak 85/2012 *LO og TCO mot Sverige* avsnitt 117–125.
- (117) Ved vurderingen av om en boikottaksjon tilfredsstillende de krav som må stilles til proporsjonalitet etter de internasjonale instrumenter jeg har nevnt, må boikottaksjonen blant annet avstemmes mot de rettigheter som følger av EØS-avtalen. Etableringsretten etter EØS-avtalen artikkel 31 utgjør en av hjørnesteinene i EØS-samarbeidet, og ved proporsjonalitetsvurderingen må man søke å finne frem til et rimelig balansepunkt mellom disse rettighetene.
- (118) I den foreliggende sak blir boikott benyttet som middel til å fremtvinge en fortrinnsrett til losse- og lastearbeid i Drammen havn for ansatte ved Administrasjonskontoret. Den primære – og ønskede – virkning er å begrense andre aktørers tilgang til markedet for losse- og lastetjenester. Boikotten er således svært inngripende i etableringsretten, og den vil også kollidere med andre arbeidstakeres interesser. Dersom Holship får utføre losse- og lastetjenester i Drammen havn, vil det gi grunnlag for arbeidsplasser i Holship. Det er vanskelig å se at disse arbeidsplassene i et menneskerettsperspektiv skal veie mindre enn arbeidsplassene ved Administrasjonskontoret. Og som jeg skal komme tilbake til ved vurderingen av ILO-konvensjon nr. 137, kan de formål fortrinnsretten er ment å beskytte, også ivaretas på annen måte.
- (119) Den fortrinnsrett til losse- og lastearbeid som NTF krever, er etter dette ikke tilstrekkelig tungtveiende begrunnet og tilfredsstillende ikke kravet til rimelig balanse mellom etableringsretten og en eventuell grunnleggende rett til boikott.
- (120) *Betydningen av ILO-konvensjon nr. 137*
- (121) NTF har med støtte fra LO lagt stor vekt på at fortrinnsrett for havnearbeidere til losse- og lastearbeid er i samsvar med ILO-konvensjon nr. 137 av 1973 om sosiale følger av nye metoder for godsbehandling i havner, og at tariffesting av denne fortrinnsretten har vært Norges måte å oppfylle de forpliktelser som følger av denne konvensjonen.
- (122) Etter ILO-konvensjonen artikkel 3 nr. 1 skal det opprettes og ajourføres registre over alle yrkeskategorier av havnearbeidere, og i artikkel 3 nr. 2 er det fastsatt at "[r]egistrerte havnearbeidere skal ha fortrinnsrett ved tildeling av havnearbeid". Det er imidlertid uklart hvordan denne konvensjonsbestemmelsen skal forstås.
- (123) Formålet med ILO-konvensjon nr. 137 synes å være å skaffe havnearbeidere ordnede arbeids- og lønnsforhold, se konvensjonen artikkel 2. Disse hensynene kan ivaretas på annen måte enn ved en fortrinnsrett til losse- og lastearbeid for en gruppe arbeidstakere. Etter arbeidsmiljøloven § 14-9 nr. 1 skal arbeidstakere som hovedregel ansettes fast.

Tilfredsstillende lønnsforhold kan fremforhandles ved tariffavtale. Krav til sikkerhet kan sikres ved opplæring og sertifisering av arbeidstakerne.

- (124) Uansett hvordan ILO-konvensjon nr. 137 artikkel 3 skal forstås, må den etter EØS-loven § 2 stå tilbake for etableringsretten etter EØS-avtalen artikkel 31. På denne bakgrunn finner jeg ikke grunn til å ta bestemt stilling til hva som er korrekt folkerettslig forståelse av fortrinnsrettsbestemmelsen i ILO-konvensjon nr. 137.
- (125) Konklusjonen blir etter dette at den varslede boikott er ulovlig etter boikottloven § 2 bokstav a fordi den har et rettsstridig formål.
- (126) *Tariffunntaket fra EØS-avtalens konkurranseregler*
- (127) Som grunnlag for at den boikott som NTF har varslet, er ulovlig, har Holship blant annet også påberopt konkurransereglene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54, og at kravet om tariffavtale med bestemmelse om fortrinnsrett til losse- og lastearbeid for ansatte ved Administrasjonskontoret, ikke omfattes av det unntak fra disse bestemmelsene som etter EU- og EFTA-domstolens praksis gjelder for tariffavtaler.
- (128) Siden jeg har konkludert med at boikotten har et rettsstridig formål fordi den er i strid med etableringsretten etter EØS-avtalen artikkel 31, er det ikke nødvendig for meg å gå inn på omfanget av tariffunntaket. Jeg tilføyer imidlertid at det etter min mening heller ikke på dette punkt er tilstrekkelig grunnlag for å tilsidesette EFTA-domstolens rådgivende tolkingsuttalelse.
- (129) NTF har med støtte av LO blant annet hevdet at EFTA-domstolen må ha misforstått hvordan Administrasjonskontoret i Drammen havn er organisert når det i tolkingsuttalelsen avsnitt 49 er sagt at "NTF deltar i ledelsen av Administrasjonskontoret", og at kontoret slik det blir drevet, også har et "forretningsmessig mål". Etter min oppfatning gir imidlertid disse bemerkningene ikke tilstrekkelig grunnlag for å tilsidesette tolkingsuttalelsen. Det fremgår av avsnitt 22 i tolkingsuttalelsen at EFTA-domstolen har oppfattet at Administrasjonskontoret ikke driver "erhvervsmessig virksomhet", og at styret for kontoret består av tre representanter for oppdragsgiverne og "to representanter for arbeiderne". Den omstendighet at arbeidstakerrepresentantene i avsnitt 49 uriktig blir omtalt som representanter for NTF, kan jeg ikke se har noen betydning for innholdet av EFTA-domstolens vurderinger. Arbeidstakerrepresentantene er i praksis organisert i NTF. Og selv om Administrasjonskontoret ikke har økonomisk overskudd som formål, er det på det rene at kontoret driver en økonomisk virksomhet, og det fremstår da ikke som uriktig å karakterisere virksomheten som "forretningsmessig".
- (130) *Sakskostnader*
- (131) Holship har fått fullt medhold og har krevd dekket sakskostnader for alle instanser – herunder for behandlingen for EFTA-domstolen. Bedriftsforbundet og NHO har opptrådt som partshjelpere for Høyesterett og har krevd sakskostnader for denne instansen.
- (132) Saken har reist prinsipielle rettsspørsmål, men da det er ressurssterke parter på begge sider, finner jeg at Holship, Bedriftsforbundet og NHO bør tilkjennes sakskostnader i samsvar med hovedregelen i tvisteloven § 20-2.

- (133) LO har optrådt som partshjelper for NTF for Høyesterett. For denne instans må LO pålegges solidarisk medansvar med NTF for sakskostnadene.
- (134) De sakskostnader Holship har krevd dekket, utgjør 283 000 kroner for tingretten, 410 380 kroner for lagmannsretten, 995 275 kroner for EFTA-domstolen og 4 827 056 kroner for Høyesterett. Sakskostnadskravene for lagmannsretten og Høyesterett inkluderer ankegebyr med 28 380 kroner for lagmannsretten og 28 380 kroner for Høyesterett.
- (135) Bedriftsforbundet har krevd dekket sakskostnader for Høyesterett med 615 000 kroner, mens NHO har krevd dekket sakskostnader for Høyesterett med 200 000 kroner.
- (136) Saken har vært lagt svært bredt opp, og jeg finner at Holship, Bedriftsforbundet og NHO må tilkjennes sakskostnader i samsvar med de fremlagte oppgavene, jf. tvisteloven § 20-5. Sakskostnadene ved behandlingen for EFTA-domstolen må inkluderes i sakskostnadene for Høyesterett. Holship tilkjennes etter dette 283 000 kroner for tingretten, 995 275 kroner for lagmannsretten og 5 822 331 kroner for Høyesterett.
- (137) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Holship Norge AS frifinnes.
 2. I sakskostnader for tingretten betaler Norsk Transportarbeiderforbund til Holship Norge AS 283 000 – tohundreogåttitretusen – kroner.
 3. I sakskostnader for lagmannsretten betaler Norsk Transportarbeiderforbund til Holship Norge AS 995 275 – nihundreognittifemtusentohundreogsyttifem – kroner.
 4. I sakskostnader for Høyesterett betaler Norsk Transportarbeiderforbund og Landsorganisasjonen i Norge en for begge og begge for en til Holship Norge AS 5 822 331 – femmillioneråttehundreogtjuetotusentrehundreogtrettien – kroner.
 5. I sakskostnader for Høyesterett betaler Norsk Transportarbeiderforbund og Landsorganisasjonen i Norge en for begge og begge for en til Bedriftsforbundet 615 000 – sekshundreogfemtentusen – kroner.
 6. I sakskostnader for Høyesterett betaler Norsk Transportarbeiderforbund og Landsorganisasjonen i Norge en for begge og begge for en til Næringslivets Hovedorganisasjon 200 000 – tohundretusen – kroner.
 7. Oppfyllelsesfristen for alle sakskostnadsbeløpene er 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.
- (138) Dommer **Indreberg**: Jeg er kommet til at anken må forkastes.

- (139) Kort oppsummert er mitt syn at den varslede boikotten, som virkemiddel for å oppnå tariffavtale om fortrinnsrett for laste- og lossearbeiderne ved Drammen havn, ikke er i strid med EØS-avtalen. Konkurransereglene krenkes ikke, fordi unntaket for tariffavtaler kommer til anvendelse, og restriksjonen på etableringsfriheten er rettfærdiggjort i tvingende allmenne hensyn. Boikotten innebærer ingen organisasjonsplikt, og den er ikke utilbørlig eller uforholdsmessig.
- (140) Med mitt syn på forholdet til EØS-retten oppstår ikke spørsmålet om boikotten er beskyttet av Grunnloven § 101 eller relevante menneskerettighetskonvensjoner, og om Grunnloven § 92 medfører at konvensjonsbestemmelsene eventuelt må ha forrang. Jeg går derfor ikke nærmere inn på dette, men slutter meg til førstvoterende når han legger til grunn at Grunnloven § 101 første ledd må fortolkes i lys av EMK artikkel 11, og at rettighetene som beskyttes av § 101 første ledd, kan undergis begrensninger med samme innhold som EMK artikkel 11 nr. 2. Jeg slutter meg også til førstvoterendes syn på fortolkningen av Grunnloven § 92.
- (141) I det følgende kommer jeg tidvis for enkelthets skyld til å tale om "havnearbeiderne ved Administrasjonskontoret" når jeg omtaler de havnearbeiderne som etter Rammeavtalen har fortrinnsrett til laste- og lossearbeid på Drammen havn. Jeg understreker imidlertid at det er laste- og lossearbeiderne, ikke Administrasjonskontoret, som har fortrinnsretten etter Rammeavtalen § 2. Administrasjonskontoret er "et administrasjonsorgan", jf. avtalen § 3 nr. 2. Det er tale om et organ som styres av laste- og lossearbeiderne og havnebrukerne i fellesskap, likevel slik at havnebrukerne har flertall i styret. Kontorets formål er utelukkende å administrere laste- og lossearbeiderne som stiller sin arbeidskraft til rådighet for alle brukerne av havnen, og å sørge for at et riktig antall arbeidere er ansatt. Det drives til selvkost.
- (142) Når det gjelder betydningen av EFTA-domstolens rådgivende uttalelse, viser jeg til førstvoterendes omtale av hva Høyesterett tidligere har uttalt: Den nasjonale domstolen må ta selvstendig stilling til hvordan EØS-retten skal forstås og anvendes, men den skal legge stor vekt på hva EFTA-domstolen har uttalt om hvordan EØS-retten skal forstås. Bare der det foreligger særlige grunner, kan denne forståelsen fravikes. Jeg viser også til at EFTA-domstolen i avsnitt 37 i sin uttalelse minner om at ordningen skal være et middel for samarbeid mellom EFTA-domstolen og de nasjonale domstoler. Det er EFTA-domstolens oppgave å gi den nasjonale domstolen veiledning om tolkningen av de EØS-bestemmelser som er relevante for avgjørelsen av den verserende saken. Den nasjonale domstol skal bedømme bevisene i saken og avgjøre de faktiske omstendigheter som skal legges til grunn, og så anvende EØS-retten på sakens faktum.
- (143) Jeg utleder av dette at dersom den nasjonale domstolen finner at de faktiske omstendigheter på relevante måter avviker fra de EFTA-domstolen legger til grunn for sine vurderinger, vil den nasjonale domstolen kunne komme til et annet resultat enn EFTA-domstolen. I saken her har det betydning.
- (144) For førstvoterende har det ikke vært nødvendig å ta stilling til det konkurranserettslige spørsmålet, selv om han kommer inn på det. Med mitt syn på etableringsretten kommer jeg ikke utenom å ta stilling til dette. Og siden EFTA-domstolen behandler dette først i sin rådgivende uttalelse, finner jeg det mest hensiktsmessig å gjøre det samme.

- (145) *Tariffunntaket fra EØS-avtalens konkurranseregler*
- (146) EØS-avtalen artikkel 53 forbyr enhver avtale mv. som kan påvirke samhandelen i EØS og som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen. Artikkel 54 forbyr at foretak utilbørlig utnytter sin dominerende stilling i den utstrekning det kan påvirke handelen mellom EØS-stater. Det er utvilsomt at tariffavtaler mellom arbeidsgiver- og arbeidstakerorganisasjoner har visse innebygde konkurransebegrensende egenskaper. EU-domstolen og EFTA-domstolen har imidlertid lagt til grunn at de sosialpolitiske mål slike avtaler fremmer, ville bli alvorlig undergravd dersom de ble forbudt på grunn av sin innebygde virkning på konkurransen, se EFTA-domstolens uttalelse i vår sak avsnitt 40 med videre henvisninger.
- (147) Spørsmålet Høyesterett stilte EFTA-domstolen, var om unntaket 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", se EFTA-domstolens tolkingsuttalelse avsnitt 31.
- (148) EFTA-domstolens konklusjon – slutningen punkt 1 – er gjengitt av førstvoterende. Domstolens klare råd er altså at Høyesterett legger til grunn at tariffunntaket ikke gjelder. Drøftelsen som ligger til grunn for dette er i hovedtrekk slik:
- (149) For at tariffunntaket skal gjelde, må formålet med tariffavtalen være å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår. Men det er ikke nok at avtalen har dette som generelt mål, hvis enkelte bestemmelser ikke har det. Ved denne bedømmelsen må det tas hensyn til den samlede virkning av bestemmelsene i tariffavtalen.
- (150) EFTA-domstolen foretar så en konkret vurdering av Rammeavtalen. Den peker på at den samlede virkningen 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. Dette sikrer disse arbeidstakerne fast ansettelse og en viss lønn. Deretter skriver EFTA-domstolen:
- "(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 forhandlings hovedformål og kjerneelementer og deres innebygde virkning på konkurransen (se LO, som omtalt over (avsnitt 55))."**
- (151) Jeg kan ikke skjønne annet enn at det her foreligger uriktige oppfatninger om de faktiske forholdene som har betydning for vurderingen av formålet med tariffavtalen. Det må

gjelde selv om Administrasjonskontoret er beskrevet på en korrekt måte under faktumbeskrivelsen i uttalelsen (avsnitt 22). For det første er det feil at NTF sitter i ledelsen av Administrasjonskontoret. Det er de lokale arbeiderne som, sammen med de lokale havnebrukerne, har representanter i de styrende organer, se Rammeavtalen § 3. Det er heller ikke noe grunnlag for å anse Administrasjonskontoret som ansvarlig for den varslede boikotten. Det mest sentrale er imidlertid at EFTA-domstolen synes å legge til grunn at NTF og Administrasjonskontoret har en forretningsmessig interesse i å bevare Administrasjonskontorets markedsposisjon, og at NTFs interesse ikke er begrenset til å ivareta medlemmenes lønns- og arbeidsvilkår. Jeg kan ikke se at det er grunnlag for en slik forståelse. Formålet med Administrasjonskontoret er som nevnt alene å koordinere og administrere de havnearbeiderne som har fortrinnsrett til laste- og lossearbeid, og herunder sørge for at omfanget av denne gruppen er tilpasset behovet på havna.

- (152) Det er altså formålet med fortrinnsretten som må vurderes.
- (153) Som førstvoterende har gjort rede for, viste Høyesterett i Sola Havn-dommen at ordningen har sin bakgrunn i de særlige forhold for arbeiderne i havnene, som opprinnelig var løsarbeidere uten sikkerhet for arbeid og lønn. Høyesterett påpekte videre at Rammeavtalens fortrinnsrettsbestemmelse har vært ansett som ledd i oppfyllelsen av Norges forpliktelser etter ILO-konvensjon nr. 137.
- (154) Formålet med ILO-konvensjon nr. 137 er å sikre havnearbeidere fast eller regelmessig sysselsetting så langt det er mulig, og derigjennom en stabil inntekt, jf. konvensjonen artikkel 2. Konvensjonens sentrale virkemiddel for å oppnå dette, er at registrerte havnearbeidere skal ha fortrinnsrett til havnearbeidet, jf. artikkel 3. Dette må sees i sammenheng med det spesielle behovet for arbeidskraft som er forbundet med havnevirksomhet. Behovet den enkelte havnebruker – som skipsekspeditører, terminaloperatører og rederier – har for laste- og lossearbeidere varierer avhengig av skipsanløpene i den enkelte havn. Ved at en begrenset gruppe registrerte arbeidere får fortrinnsrett til laste- og lossearbeid, sikres en stabil sysselsetting for denne gruppen. I tråd med dette må det legges til grunn at formålet med fortrinnsretten var og er å sikre arbeidstakerne trygge tilsettingsforhold og ordnede lønns- og arbeidsvilkår.
- (155) EFTA-domstolen legger imidlertid vekt på at systemet beskytter én gruppe arbeidstakere på bekostning av andre arbeidstakere (avsnitt 51). Dersom boikott blir gjennomført og når sitt mål, kan de sistnevnte til og med miste sitt arbeid, påpekes det.
- (156) Men her må det trekkes inn at det fra NTFs side tas sikte på å avtale overgangsordninger eller lignende for å ivareta de maksimalt tre arbeidstakerne som Holship opplyser at de kan måtte si opp ved tilslutning til Rammeavtalen. Situasjonen var den samme i Sola Havn, og som der kan jeg vanskelig se det annerledes enn at man må bygge på dette, jf. Sola Havn-dommen side 342. Det må dessuten sees hen til begrunnelsen for tariffuntaket. Dette skal hindre at de sosialpolitiske mål tariffavtaler fremmer, blir undergravd av kravet om fri konkurranse. For havnearbeid, med de særtrekk dette har, har man søkt å begrense usikkerheten for lønn og sysselsetting ved å tariffeste at laste- og lossearbeiderne skal ansettes fast ved et administrasjonskontor og ha fortrinnsrett til slikt arbeid. En konsekvens må nødvendigvis være en begrensning i konkurransen om slikt arbeid.

- (157) Som Høyesterett la til grunn i Sola Havn-dommen, er det tale om en særegen tariffavtale. Men den har ene og alene til formål å sikre arbeidstakernes lønns- og arbeidsvilkår. Dens samlede virkning berører andre, men jeg kan ikke se at det i seg selv gjør at avtalen faller utenfor tariffunntaket. Et slikt synspunkt kan jeg heller ikke se at EFTA-domstolen har gitt uttrykk for.
- (158) Jeg mener etter dette at den tariffavtalen som den varslede boikotten søker å fremtvinge, må være omfattet av tariffunntaket.
- (159) *Etableringsfriheten*
- (160) Jeg går så over til å vurdere forholdet til etableringsfriheten i EØS-avtalen artikkel 31.
- (161) Førstvoterende konkluderer, som EFTA-domstolen, med at boikotten, med siktemålet den har, utgjør en restriksjon på etableringsfriheten etter EØS-avtalen artikkel 31. Jeg kan ikke se at det er grunnlag for å fravike dette. Spørsmålet blir om restriksjonen kan rettferdiggjøres.
- (162) Om vilkårene for rettferdiggjøring viser jeg til førstvoterendes votum. Spørsmålet er altså om restriksjonen kan rettferdiggjøres med grunnlag i tvingende allmenne hensyn. En forutsetning er at den fremmer et legitimt mål, er egnet til å sikre oppnåelsen av målsettingen og ikke går utover det som er nødvendig for å oppnå dette målet.
- (163) Slutningen i EFTA-domstolens uttalelse har ingen konklusjon om hvorvidt restriksjonen kan rettferdiggjøres. Som EFTA-domstolen skriver, er det den nasjonale domstolens oppgave å avgjøre dette, på grunnlag av de faktiske omstendigheter i saken og den veiledning som gis av EFTA-domstolen (avsnitt 131). Domstolen drøfter imidlertid om restriksjonen fremmer et legitimt mål, og jeg begynner med dette spørsmålet.
- (164) Som førstvoterende redegjør for, og som også poengteres av EFTA-domstolen, er retten til kollektive forhandlinger og kollektive aksjoner anerkjent som grunnleggende rettigheter i EØS-retten. Beskyttelse av arbeidstakere er således anerkjent som et tvingende allment hensyn som kan begrunne restriksjoner på etableringsretten (EFTA-domstolens uttalelse avsnitt 122).
- (165) Også førstvoterende legger til grunn at NTFs krav om tariffavtale som sikrer fortrinnsretten "i og for seg anses å ha som overordnet målsetting å ivareta arbeidstakerinteresser". Hvorvidt inngrepet i etableringsfriheten skal aksepteres som legitimt, må imidlertid vurderes konkret. Hans syn er at det vern om arbeids- og lønnsforhold som fortrinnsretten gir, er nokså indirekte. Fortrinnsretten er i realiteten en form for næringsregulering, og den primære og ønskede virkning av boikotten er at Holship blir utestengt fra et marked selskapet vil inn i. Boikotten kan derfor ikke aksepteres som et tvingende legitimt inngrep i etableringsfriheten.
- (166) Dette er beslektet med det EFTA-domstolen tar opp i avsnitt 125 i vår sak, men synes å gå lengre. EFTA-domstolen påpeker at det ikke er tilstrekkelig at en arbeidskamp har et abstrakt legitimt mål om å beskytte arbeidstakere. Det må vurderes, uttaler den, om tiltaket saken gjelder, virkelig tar sikte på å beskytte arbeidstakere. Hvis ikke kan man få 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.

- (167) Jeg forstår EFTA-domstolen slik at dersom det kan konstateres at aksjonen utelukkende tar sikte på å beskytte arbeidstakerne, så vil aksjonen anses å ivareta et legitimt hensyn.
- (168) Om den konkrete vurderingen uttaler EFTA-domstolen at "[d]et 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" (avsnitt 126).
- (169) Formuleringen er så godt som identisk med det EFTA-domstolen uttaler i avsnitt 50 om hvorfor Rammeavtalen ikke faller inn under tariffunntaket fra EØS-avtalens konkurranseregler. Som jeg påpekte i den forbindelse, hviler denne konklusjonen på den forståelse at Administrasjonskontoret har et forretningsmessig mål ut over det å ivareta de ansattes lønns- og arbeidsvilkår. Og som jeg allerede har gitt uttrykk for, finner jeg denne bedømmelsen av Administrasjonskontoret problematisk. Jeg anser det som helt klart at det reelle formålet med opprettelsen av administrasjonskontorene var å styrke havnearbeidernes lønns- og arbeidsvilkår, og at dette fortsatt er det eneste formålet.
- (170) Jeg kan heller ikke se at virkningen av boikotten for lønns- og arbeidsvilkårene til de ansatte ved Administrasjonskontoret er for indirekte. Deres arbeidsavtaler hviler på den forutsetning at havnebrukerne benytter deres tjenester. For havnebrukerne innebærer fortrinnsretten at de må benytte de fortrinnsberettigede arbeiderne til lasting og lossing, men også at de ved ordningen får tilgang til kvalifisert arbeidskraft. Det skjer uten fordyrende mellomledd siden Administrasjonskontoret ikke skal gå med overskudd. For øvrig har det etter det opplyste ikke vært slik ved Drammen havn at Administrasjonskontoret ikke har kunnet tilby brukere som Holship de tjenestene de har behov for. Når det gjelder forholdet til andre arbeidstakere, viser jeg til det som er sagt under drøftelsen av om tariffunntaket fra EØS-rettens konkurranseregler får anvendelse.
- (171) Ved vurderingen av om restriksjonen fremmer et legitimt mål, finner jeg også grunn til å gå inn på bakgrunnen for at EU-retten anerkjenner at det ut fra arbeidstakerinteresser kan foretas begrensning i blant annet etableringsfriheten. Om dette heter det i avsnitt 78 og 79 i EU-domstolens dom 11. desember 2007 i sak C-438/05 Viking Line:

"Det skal tilføjes, at ifølge ordlyden af artikel 3, stk. 1 litra c) og j), EF omfatter Fællesskabets virke ikke blot 'oprettelse af et indre marked ved fjernelse af hindringerne for den frie bevæglighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital mellem medlemsstaterne', men ligeledes 'indførelse af en politik på det sociale og arbejdsmarkedsmæssige område'. Artikel 2 EF bestemmer således, at Fællesskabet bl.a. har til opgave at 'fremme en harmonisk, afbalanceret og bæredygtig udvikling af den økonomiske virksomhed', samt 'et højt beskæftigelsesniveau [og] et højt socialt beskyttelsesniveau'.

Da Fællesskabet således ikke blot har et økonomisk formål, men ligeledes et socialt og arbejdsmarkedsmæssigt formål, skal de rettigheder, der følger af traktatens bestemmelser om den frie bevæglighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital, afbalanceres i forhold til de formål, der forfølges med social- og arbejdsmarkedspolitikken, herunder, således som det fremgår af artikel 136 EF, bl.a. en forbedring af leve- og arbeidsvilkårene for herigennem at muliggøre en udjævning af disse vilkår på et stadigt stigende niveau, en passende social beskyttelse og dialogen på

arbeidsmarkedet."

- (172) Tilsvarende betraktninger er inntatt i EU-domstolens dom 18. desember 2007 i sak C-341/05 Laval avsnitt 104 og 105. Den etterfølgende utviklingen av traktatverket i EU, blant annet fastsettelsen av at EUs pakt om de grunnleggende rettigheter fra 1. desember 2009 skal være likeverdig med traktatene, har ikke svekket vekten av de sosialpolitiske hensynene som omtales her.
- (173) Den mest parallelle saken til vår fra EU-domstolen er dommen i C-576/13 EU-kommisjonen mot Kongeriket Spania, som ble avsagt 11. desember 2014. Også den saken gjaldt restriksjoner på etableringsretten for havnearbeid, se den nærmere omtalen førstvoterende har gitt. Spania gjorde gjeldende at havneordningen tok sikte på å beskytte arbeiderne og sikre regelmessigheten, kontinuiteten og kvaliteten på godshåndteringen. EU-domstolen la uten nærmere drøftelse til grunn at begge disse formål var blant de tvingende allmenne hensyn som kan rettferdiggjøre restriksjoner på etableringsretten, se avsnitt 50 til 52. Når domstolen likevel kom til at den spanske ordningen krenket etableringsfriheten, var det fordi restriksjonen ble ansett å gå utover det som var nødvendig for å nå målsetningene (avsnitt 56). Det går fram av dommen at Spania ikke hadde gjort forsøk på å påvise at restriksjonen var nødvendig eller forholdsmessig, og at det etter domstolens syn fantes mindre inngripende alternativer.
- (174) At restriksjonen på etableringsfriheten i dette tilfellet skulle kollidere så sterkt med det grunnleggende formål med det indre marked at den av den grunn ikke skulle anses å ha et legitimt formål, er det ikke spor av i dommen. Tvert imot bygger avgjørelsen klart på den forutsetningen at hensynet til arbeidstakerne kan begrunne restriksjoner i etableringsfriheten i havnene.
- (175) Etter mitt syn er det et moment ved vurderingen at fortrinnsretten i Rammeavtalen er ansett for å oppfylle kravene i ILO-konvensjon 137, som nettopp har som formål å sikre arbeidstakerne trygge arbeidsvilkår. Konvensjonen bestemmer i artikkel 3 at det skal opprettes registre over havnearbeidere, og at disse havnearbeiderne "skal ha fortrinnsrett ved tildeling av havnearbeid". Dette er relevant selv om det følger av EØS-loven § 2 at EØS-avtalen går foran tariffavtalen ved motstrid. Det er her ikke tale om motstrid, men om begrensningen i etableringsfriheten kan rettferdiggjøres.
- (176) Jeg har også merket meg at mange andre land i EU har etablert ordninger med fortrinnsrett for registrerte havnearbeidere i tråd med ILO-konvensjon nr. 137. Situasjonen i havnene i EU og hensynet til havnearbeiderne har i lang tid vært gjenstand for omfattende debatt i og mellom de ulike EU-organene. EU-kommisjonen foreslo i 2001 og 2004 direktiv som blant annet ville føre til store modifikasjoner i havnearbeidernes etablerte fortrinnsrett. Forslagene fikk ikke tilslutning i EU-parlamentet. Det kom fram av debatten at parlamentet mente at hensynet til havnearbeiderne ikke var ivaretatt på en akseptabel måte.
- (177) I 2013 fremmet kommisjonen et nytt forslag, denne gangen til forordning (2013/0157 COD). Her ble det på bakgrunn av de tidligere rundene i EU-parlamentet ikke foreslått å regulere organiseringen av laste- og lossearbeid. Også for de tjenester som var omfattet av kommisjonens forslag, ble hensynet til arbeidstakerne fremhevet.

- (178) EU-kommisjonens forslag fra 2013 er bearbeidet videre gjennom en prosess som på vanlig måte har involvert kommisjonen, rådet og EU-parlamentet. Det foreligger nå et omforent utkast til forordning som er til behandling i EU-parlamentet i disse dager. Utkastet innebærer for den delen av havnevirksomheten som omfattes, at dette fortsatt kan organiseres på måter som i noen utstrekning åpner for at etableringsretten og konkurransen begrenses. Det gjelder særlig artikkel 6 om begrensninger i antall tilbydere av tjenester i havnen, artikkel 9 om adgang for havnen til selv å tilby visse tjenester, og artikkel 8, som blant annet åpner for at arbeidet i havnene bare skal utføres av selskaper som tilbyr tjenesten på kontinuerlig basis til alle brukere av havnen.
- (179) Ivaretagelse av arbeidstakerinteressene har utvilsomt vært helt sentralt i den prosessen som har ført frem til det omforente forslaget til forordning, og dette hensynet preger også forslaget.
- (180) Jeg har etter denne gjennomgangen av Rammeavtalen og av EU- og EØS-rettslige kilder kommet til at boikotten i vår sak må anses å fremme et legitimt formål i relasjon til etableringsfriheten. Slik jeg ser det, er både det reelle formålet med fortrinnsretten og virkningen av den – og derved også boikotten – å fremme sikre og gode arbeidsforhold for havnearbeiderne. At EU-retten tillater begrensninger i etableringsfriheten av hensyn til arbeidernes lønns- og arbeidsforhold, følger blant annet av uttalelsene i Viking Line-dommen, som jeg har sitert tidligere. Behandlingen av forslag til regler for havner blant annet i EU-parlamentet viser at arbeidsforholdene for havnearbeidere er viet særlig oppmerksomhet. Jeg kan ikke se at det er noe ved den måten lønns- og arbeidsforholdene er sikret for havnearbeiderne i Drammen havn som gjør at EU/EØS-rettens vern av sosialpolitiske formål ikke skal ha gyldighet i vår sak.
- (181) Spørsmålene som gjenstår under vurderingen av om restriksjonen på etableringsfriheten kan rettferdiggjøres, er om fortrinnsretten – og boikott som virkemiddel for å bevare denne – er egnet til å beskytte havnearbeidernes arbeids- og sysselsettingsvilkår, og om det å tvinge gjennom at Holship respekterer fortrinnsretten ved å slutte seg til Rammeavtalen, går lenger enn nødvendig for å oppnå arbeidstakerbeskyttelsen.
- (182) Jeg nevner først at både Viking Line-dommen og Laval-dommen fra EU-domstolen gjaldt bruk av boikott/blokade. Verken EU-domstolen eller EFTA-domstolen har gitt uttrykk for at boikott ikke kan anerkjennes som kampmiddel for å fremme et tvingende allment hensyn som er anerkjent i EU-domstolens praksis. Boikottaksjoner som sådan anerkjennes altså som et legitimt kampmiddel for å oppnå tariffavtale. I vår sak er boikott det kampmiddelet som står til rådighet for laste- og lossearbeiderne. Det er egnet, og jeg kan ikke se at det – isolert sett – går lengre enn nødvendig.
- (183) Det er heller ikke fremkommet noe som tyder på at Rammeavtalen ikke er egnet til å sikre lønns- og arbeidsforholdene for havnearbeiderne som har fortrinnsrett i henhold til avtalen.
- (184) Bedriftsforbundet har påpekt at det ikke er mer enn seks fast ansatte ved Administrasjonskontoret ved Drammen havn, men at det benyttes 50 til 90 vikarer. En ordning som erstatter fast ansatte hos Holship med vikarer, er ikke egnet til å ivareta havnearbeideres lønns- og sysselsettingsforhold, hevdes det.

- (185) Som allerede nevnt kan det bli tale om å si opp inntil tre av Holships arbeidstakere. Dette tar man sikte på å løse på en rimelig måte i forbindelse med forhandlingene om Holships tilslutning til Rammeavtalen. Generelt vil det være slik at dersom fortrinnsretten må respekteres, vil havnebrukere og andre som kunne tenkes å ville utføre laste- og lossearbeid, måtte tilpasse sin arbeidsstokk til det. Ellers er det grunn til å påpeke at den omfattende bruken av tilkalt arbeidere i Drammen havn har sammenheng med det særegne behov der for sjåfører til å kjøre i land biler fra bilbåter. Å rette oppmerksomheten mot det store antallet tilkalt vikarer gir dermed et skjevt bilde av hvordan arbeidet i havnen er organisert.
- (186) Jeg legger etter dette til grunn at fortrinnsretten er egnet til å beskytte lønns- og arbeidsvilkårene for havnearbeiderne.
- (187) Spørsmålet blir da om ordningen med fortrinnsrett går lengre enn nødvendig – altså om det hadde vært mulig å oppnå samme resultat med mindre inngripende virkemidler. Når dette vurderes, har jeg for øye at virksomhetene i havnene har utviklet seg vesentlig, både før og etter at Rammeavtalen første gang ble inngått. Håndteringen av gods er i stor grad mekanisert, blant annet ved løft av containere. Dessuten er skipstransport, håndtering av gods, oppbevaring og levering til kunden ofte integrerte prosesser. Det er også lettere presist å forutse skipsanløp og planlegge ut fra dette. Utviklingen har ført til redusert behov for laste- og lossearbeidere, og til økt krav om at de som tar del i laste- og losseoperasjonene, har relevant teknisk kompetanse. Fra arbeidsgiverhold blir det videre ansett som ønskelig at de som laster og lossar, også kan utføre andre typer oppgaver.
- (188) At samfunnsutviklingen har løpt fra ILO-konvensjon nr. 137 er imidlertid ikke, som jeg har nevnt, oppfatningen i EU-parlamentet som to ganger har stemt ned forslag til direktiv som ville begrenset fortrinnsretten for havnearbeidere. Det er heller ikke oppfatningen til ILOs ekspertkomité, som i en omfattende rapport fremlagt på den internasjonale arbeidskonferansens nittiende sesjon i 2002, blant annet uttaler følgende (avsnitt 235):

"The three major principles of permanent or regular employment, of a minimum income and of the system of registration prescribed by the Convention, have proven to be relevant, even in countries which have a highly developed mechanized port system requiring only a small number of dockworkers."

- (189) Forholdene er neppe så annerledes i dag at dette ikke fortsatt har gyldighet.
- (190) Bedriftsforbundet har, blant annet med henvisning til uttalelsen fra Dampskibsexpeditøernes Forening, gjort gjeldende at et alternativ til systemet med fortrinnsrett vil være at det ansettes fast arbeidstakere hos den enkelte havneoperatør til å utføre lasting og lossing.
- (191) Jeg har merket meg at Tommy Mangrud, klubbleder i Drammen bryggearbeiderforbund, i sin forklaring for Høyesterett har pekt på flere grunner til at dette ikke er et aktuelt alternativ. Han uttaler:
- "Nei, for det første vil det ikke være nok arbeid til å fylle heltidsstillinger som losse- og lastearbeider. For det andre har enkelte havnebrukere ingen ansatte utover administrasjon og er uansett avhengig av innleie ved båtanløp. For det tredje så vil behovet for losse- og lastearbeidere ved anløp ofte være høyere enn det antallet losse- og lastearbeidere havnebrukeren kan stille med selv. For det fjerde vil bruk av egne ansatte bli dyrere på grunn av irregulariteten ved skipsanløpene, noe som vil fordre**

skiftarbeid. Havnebrukerne vil måtte organisere driften helt annerledes for å ha nok mannskap til å fylle flere skift."

- (192) Det første argumentet kan kanskje imøtegås ved å vise til at de aktuelle arbeiderne kan ha andre oppgaver enn lasting og lossing. Likevel kan jeg, basert på dette og det som for øvrig er kommet fram i saken, vanskelig se at det er et reelt alternativ i Drammen havn at behovet for laste- og lossearbeid som i dag dekkes av de ansatte ved Administrasjonskontoret, i stedet fullt ut dekkes av ansatte hos havnebrukerne.
- (193) Hva vil da være konsekvensen hvis fortrinnsretten ikke må respekteres? Dersom det ikke kommer noe i stedet, kan jeg ikke skjønne annet enn at dette vil innebære risiko for at havnearbeidernes sikkerhet for sysselsetting og lønn vil svekkes. NTF gjør gjeldende at det reelle alternativet vil være at lavt betalte sjøfolk vil stå for losse- og lastearbeidet. Fra arbeidsgiversiden er det uttalt at sjøfolkenes tariffavtaler hindrer det. Jeg går ikke nærmere inn på dette, men legger uansett til grunn at arbeidstilgangen for de fast ansatte laste- og lossearbeiderne ved Administrasjonskontoret vil bli langt mer usikker hvis fortrinnsretten ikke må respekteres. Grunnlaget for faste ansettelse kan dermed komme til å forvitte.
- (194) I EU-domstolens sak Kommisjonen mot Spania forsvarte Spania restriksjonen i etableringsretten med henvisning til ILO-konvensjon nr. 137 (avsnitt 41). Til dette beskrev EU-domstolen en mindre inngripende ordning enn den dagjeldende spanske slik, i norsk oversettelse (avsnitt 55):
- "Slik vil det for eksempel, som Kommisjonen foreslår, være mulig å foreskrive at det skal være laste- og losseselskapene selv som, idet de fritt vil kunne ansette fast eller midlertidig arbeidskraft, forvalter arbeidskontorene som skal forsyne dem med arbeidskraft, og som organiserer utdanningen av disse arbeiderne, eller også muligheten til å skape en reserve av arbeidskraft forvaltet av private selskaper som fungerer som vikarbyråer og som skaffer til veie arbeidskraft for laste- og losseselskapene."**
- (195) Uttalelsen viser at EU-kommisjonen og EU-domstolen mener etablering av en "pool" av havnearbeidere sikrer rettighetene etter ILO-konvensjon nr. 137 uten at det bryter med etableringsfriheten, jf. avsnitt 44. Ordningene som beskrives likner den som er etablert ved Rammeavtalen.
- (196) Jeg utelukker ikke at det kan tenkes alternativer som kan ivareta de hensyn fortrinnsretten i Rammeavtalen skal sikre, og heller ikke at utviklingen på havnene kan gjøre det hensiktsmessig å søke å finne fram til gode alternativer. Jeg kan imidlertid ikke se at det i dag foreligger alternative løsninger som vil sikre havnearbeiderne i Drammen havn like godt.
- (197) Etter dette er jeg kommet til at boikotten, som et middel til å sikre at Holship respekterer fortrinnsretten for laste- og lossearbeiderne, ikke går lengre enn nødvendig. Restriksjonen på etableringsfriheten er dermed rettferdiggjort.
- (198) *Andre anførsler*
- (199) Holship har anført at boikotten, i lys av det underliggende formålet å fremtvinge tilslutning til Rammeavtalen, er i strid med den negative organisasjonsfriheten, jf. Grunnloven § 101 og EMK artikkel 11. Det er etter mitt syn ikke tilfellet. Jeg finner

det tilstrekkelig å vise til lagmannsrettens dom side 12–13, som jeg slutter meg til.

- (200) Holship har også anført at boikotten er utilbørlig og uforholdsmessig, jf. boikottloven § 2 bokstav c andre og tredje alternativ. Dette var også anført i Sola Havn-dommen, og jeg kan ikke se at det er grunnlag for en annen konklusjon i vår sak. Boikottloven § 2 bokstav c skal først og fremst ramme misbruk av boikott. Det er det ikke tale om her. Det vil også fremgå av drøftelsen av EØS-retten at jeg verken kan se at boikotten vil virke utilbørlig, eller at den interessen den skal ivareta, ikke står i et rimelig forhold til den skade den vil føre med seg.
- (201) Jeg stemmer etter dette for at anken forkastes, og at NTF og LO tilkjennes sakskostnader for Høyesterett.
- (202) Dommer **Stabel:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med annenvoterende, dommer Indreberg.
- (203) Dommer **Tønder:** Likeså.
- (204) Dommer **Endresen:** Likeså.
- (205) Dommer **Webster:** Likeså.
- (206) Dommer **Noer:** Likeså.
- (207) Dommer **Arntzen:** Likeså.
- (208) Dommer **Matningsdal:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Skoghøy.
- (209) Dommar **Utgård:** Det same.
- (210) Dommer **Bårdsen:** Likeså.
- (211) Dommer **Matheson:** Likeså.
- (212) Dommer **Normann:** Likeså.
- (213) Dommer **Bull:** Likeså.
- (214) Dommer **Bergsjø:** Likeså.
- (215) Dommer **Ringnes:** Likeså.
- (216) Justitiarius **Øie:** Likeså.
- (217) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Holship Norge AS frifinnes.
2. I sakskostnader for tingretten betaler Norsk Transportarbeiderforbund til Holship Norge AS 283 000 – tohundreogåttitretusen – kroner.
3. I sakskostnader for lagmannsretten betaler Norsk Transportarbeiderforbund til Holship Norge AS 995 275 – nihundreogtittifemtusentohundreogsyttifem – kroner.
4. I sakskostnader for Høyesterett betaler Norsk Transportarbeiderforbund og Landsorganisasjonen i Norge en for begge og begge for en til Holship Norge AS 5 822 331 – femmillioneråttehundreogtjuetotusentrehundreogtrettien – kroner.
5. I sakskostnader for Høyesterett betaler Norsk Transportarbeiderforbund og Landsorganisasjonen i Norge en for begge og begge for en til Bedriftsforbundet 615 000 – sekshundreogfemtentusen – kroner.
6. I sakskostnader for Høyesterett betaler Norsk Transportarbeiderforbund og Landsorganisasjonen i Norge en for begge og begge for en til Næringslivets Hovedorganisasjon 200 000 – tohundretusen – kroner.
7. Oppfyllelsesfristen for alle sakskostnadsbeløpene er 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

Riktig utskrift bekreftes: