

Uoffisiell pre-print versjon – kan avvike fra publisert versjon

*Plenumsavgjørelsen i Havnearbeiderdommen gjaldt konflikten mellom etableringsfriheten jf. EØS-avtalen artikkel 31 og registrerte havnearbeideres fortrinnsrett til å utføre havnearbeid (godshåndtering) jf. ILO-konvensjon nr. 137. Flertallet i Høyesterett valgte å løfte avveiningen opp på et konstitusjonelt plan – derfor er avgjørelsen prinsipielt viktig. Dommen angår forholdet mellom Grunnloven, menneskerettighetene, EØS-avtalen, andre internasjonale konvensjoner og EUs Charter om fundamentale rettigheter, den understreker respekten for EFTA-domstolen og den bekrefter homogenitetsmålsettingens styrke og gjennomslagskraft. Flertallets abstraksjonsnivå fremstår som en overkonstitusjonalisering av tvisten. Samtidig er det konkrete standpunktet i saken – subsumsjonen – i beste fall underanalysert. Utfallet kan langt på vei fremstå som foreldet etter at EU på tredje forsøk fikk på plass sekundærlovgivning på området – forordningen om havnetjenester vedtatt 15. februar 2017.*

Tarjei Bekkedal (født 1977) er cand.jur. (2001) og ph.d. (2007). Han er professor ved Senter for europarett, Nordisk institutt for sjørett, Universitetet i Oslo. Artikkelen er en del av prosjektet «Europe in transition – Small states and Europe in an age of global shifts» (EUNOR), finansiert av Norges forskningsråd.

## **Overkonstitusjonalisert og underanalysert. En EØS-rettslig analyse av Høyesteretts plenumsavgjørelse i Havnearbeiderdommen.**

### **1. Innledning<sup>1</sup>**

#### **1.1 Havnearbeiderdommen, Hr-2016-2554-P**

I havner varierer behovet for arbeidskraft med antall skipsanløp og mengden gods. I tidligere tider krevde godshåndtering mye manuell arbeidskraft. Havnearbeiderne var løsarbeidere som skrapte på porten, eller ble tilkalt ved behov, uten sikkerhet for arbeids- og lønnsvilkår. Formålet med ILO-konvensjon nr. 137 fra 1973 er å ivareta havnearbeidernes sosiale rettigheter ved å legge til rette for stabile og ordnede arbeidsforhold. Artikkel 3 i konvensjonen slår fast: «Registered dockworkers shall have priority of engagement for dock work.»<sup>2</sup> Med tiden er havnearbeidernes fortrinnsrett blitt kontroversiell. Havner er knutepunkter for integrasjon og økende samhandel. Innovasjon og god logistikk blir stadig viktigere for å sikre effektiv ressursbruk. Virksomheten er i stor grad automatisert.<sup>3</sup> Samtidig har det alminnelige vernet av arbeidstakere utviklet seg siden 1974. Hovedregelen jf. arbeidsmiljøloven § 14-9 (1) er at arbeidstakere skal ansettes fast.<sup>4</sup>

En ordning som gir havnens arbeidere fortrinnsrett til å utføre lasting og lossing av skip, innebærer at selskapene som bruker havnen, ikke fritt kan bruke sine egne ansatte til denne type arbeid. Begrensningen utgjør et inngrep i selskapenes etableringsfrihet, jf. EØS-avtalen artikkel 31. Bakgrunnen for avgjørelsen i Havnearbeiderdommen er enkel: En bruker

---

<sup>1</sup> Takk til Arnhild Bekkedal, Finn Arnesen, Stein Evju, Markus Jerkø og Eivind Smith.

<sup>2</sup> Convention concerning the Social Repercussions of New Methods of Cargo Handling in Docks.

<sup>3</sup> KOM (2007) 616 Meddelelse om en europeisk havnepolitikk, punkt 4.5.

<sup>4</sup> Havnearbeiderdommen, avsnitt 123.

av Drammen havn, Holship, ønsket å stå for lasting og lossing selv, i stedet for å betale arbeiderne ved havnen for å utføre denne oppgaven.

På tross av de assosiasjonene navnet kan skape, er Holship ikke et rederi, men et spedisjonsselskap. Dets primære virksomhet er rengjøring av fruktkasser på oppdrag fra transportører. For å utføre virksomheten hadde Holship gitt fast ansettelse til fire landbaserte arbeidstakere, stasjonert ved Drammen havn. Selskapet ønsket at dets egne ansatte også skulle buksere kassene av og på skipene som anløp, på fagspråket kalt «self-handling».<sup>5</sup> Norsk Transportarbeiderforbund (NTF) og LO motsatte seg dette. Gjennom å ta i bruk boikott som virkemiddel ville fagforeningen tvinge Holship til å inngå tariffavtale hvor fortrinnsretten til de ansatte arbeiderne ved Drammen havn, ble stadfestet og respektert. For å avgjøre om en slik boikott ville være lovlig, måtte Høyesterett vurdere hvilken gjennomslagskraft den EØS-rettslige etableringsretten har, holdt opp mot ILO-konvensjonens sosiale formål om å verne arbeidere. Et flertall på 10 dommere lot avveiningen slå ut i etableringsrettens favør og understreket blant annet at «som tariffavtalebestemmelse er en slik fortrinnsrett som NTF krever, av irregulær karakter ... og ... i realiteten ... en form for næringsregulering».<sup>6</sup> Et mindretall på 7 dommere kom til at fortrinnsrettens sosiale formål rettferdiggjorde inngrepet i etableringsfriheten. Begge standpunkter er mulig å forene med EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i saken. Arbeidsdelingen mellom det europeiske og det nasjonale nivået innebærer at den nasjonale domstolen skal stå for den endelige avveiningen, subsumsjonen.<sup>7</sup>

## 1.2 Overkonstitusjonalisert og underanalysert

Saksforholdet i Havnearbeiderdommen krever avveining og harmonisering mellom kryssende rettigheter og hensyn. Dette fordrer analyse i flere trinn. Først må domstolene avdekke og formulere hvilke kriterier som strukturerer og styrer avveiningen i den type sak som står til prøve: Hva er riktig avveiningsmodell, og hvordan lyder dens sentrale «test»?<sup>8</sup> Dette kan vi karakterisere som rettsanvendelse i streng forstand. Denne kjennetegnes av å være prinsipiell, generell og abstrakt. Hovedformålet med å identifisere den riktige avveiningsmodellen i saker som vår, er å definere hvordan og hvor hardt domstolene skal gå til verks. Alle kan jo foreta en eller annen avveining, nettopp derfor er det så viktig at domstolene klargjør rekkevidden av sin funksjon som rettsanvender. Dette er bestemmende for prøvingsintensiteten.

I neste omgang må domstolene foreta en konkret vurdering hvor faktum i saken underkastes den relevante testen.<sup>9</sup> Dette er subsumsjonen. Ideelt er subsumsjonen detaljert og nyansert, styrt av de konkrete forholdene i den enkelte sak.

Havnearbeiderdommen er spesiell fordi Høyesteretts flertall i hovedsak befattet seg med det første trinnet, den generelle tolkingen, likevel uten å vie spørsmålet om prøvingsintensitet oppmerksomhet. I stedet anla flertallet en svært prinsipiell og overordnet innfallsvinkel til

---

<sup>5</sup> Havnearbeiderdommen, avsnitt 9–11.

<sup>6</sup> Havnearbeiderdommen, avsnitt 103.

<sup>7</sup> Sak E-14/15, *Holship*, avsnitt 131. EFTA-domstolen fastslo at en ordning med fortrinnsrett for havnens arbeidere er et inngrep i etableringsfriheten og understreket at det er opp til den nasjonale domstol å avgjøre om en slik restriksjon kan rettferdiggjøres.

<sup>8</sup> Det finnes mange tenkelige avveiningsmodeller som kan komme til anvendelse i ulike situasjoner, for eksempel en balansetest, en proporsjonalitetsvurdering, en forholdsmessighetsvurdering, en vurdering av om et tiltak er «nødvendig i et demokratisk samfunn» osv.

<sup>9</sup> Slik også Havnearbeiderdommen, avsnitt 99.

spørsmålene saken reiste. Premisset som ligger til grunn for de viktigste av flertallets analyser, er at det foreligger en direkte motstrid mellom EØS-avtalen og ILO-konvensjonen – noe som reiser spørsmål om (for)rang og forholdet til Grunnloven.<sup>10</sup> I det videre skal jeg hevde at dette premisset var uriktig og bidro til å vidløftiggjøre saken. Det sentrale rettslige vurderingstemaet («testen») var i stedet, slik mindretallet uttrykte det:

«om restriksjonen [i etableringsfriheten] kan rettfærdiggjøres 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.*»<sup>11</sup>

Jeg skal vise at, riktig håndtert, var utfallet av tvisten beroende på en konkret vurdering av om det er mulig å realisere de samme sosiale hensynene som ILO-konvensjonen er ment å ivareta, gjennom å bruke virkemidler som er *mindre inngripende* for EØS-etableringsfriheten, enn en ordning med fortrinnsrett for fast ansatte arbeidere i havnene. En slik problemformulering er skarpt tilskåret. Derfor setter den klare rammer for domstolsprøvingens intensitet, omfang og rekkevidde.

Høyesteretts flertall befattet seg i liten grad med spørsmålet foran, det jeg videre karakteriserer som «mindre inngripende-vurderingen».<sup>12</sup> Mindretallet opererte på sin side nærmest kun på subsumsjonsstadiet, uten i særlig grad å trekke linjen til prinsipielle, rettslige betraktninger. Dette bidro til at mindretallets konkrete analyse under mindre inngripende-vurderingen ikke er så nyansert og dyptlodgende som den kunne og burde ha vært, men nærmest fremstår som et postulat basert på intuisjon.<sup>13</sup> Når man vurderer flertallets og mindretallets argumentasjon samlet, er min påstand at Høyesteretts avgjørelse i Havnearbeiderdommen fremstår som overkonstitusjonalisert når det gjelder den generelle rettsanvendelsen, og underanalysert når det gjelder den konkrete subsumsjonen. Avgjørelsens svakheter gjør at man kan spørre om utfallet i saken er korrekt.

Ordningen med fortrinnsrett for havnearbeidere kan man naturligvis ha mange meninger om rent politisk. Når kjernen i domstolsprøvingen kun går ut på å kontrollere om det eksisterer mindre inngripende tiltak, introduserer dette et filter som bidrar til å beskytte integriteten til de egentlige beslutningstakerne på området – politiske myndigheter og fagforeninger. Jeg skal vise at høyesterettsflertallet ikke viet spørsmålet om korrekt prøvingsintensitet tilstrekkelig oppmerksomhet, at domstolskontrollen var for intens, at dommen overser ILO-konvensjonens og fortrinnsrettssystemets offentlige karakter og at Høyesterett derfor trådte inn i det politiske domenet. En annen innvending er at dommens resonnementer, tilnæringsmåte og struktur gjør det vanskelig å forstå om utfallet var begrunnet i konkrete forhold, eller om flertallets konklusjon hviler på en mer generell betraktning om at tiden har løpt fra selve fortrinnsretten. Det siste standpunktet vil etter mitt syn være uforenlig med prosessen og synspunktene som ligger til grunn for EUs forordning

---

<sup>10</sup> Havnearbeiderdommen, avsnitt 63–71 og avsnitt 124.

<sup>11</sup> Havnearbeiderdommen, avsnitt 162, (min utheving). Sammenlikn sak E-14/15, *Holship*, avsnitt 130.

<sup>12</sup> Anslaget i Havnearbeiderdommen avsnitt 97 ble på dette punkt ikke fulgt opp.

<sup>13</sup> Havnearbeiderdommen, avsnitt 193.

om havnetjenester, vedtatt 15. februar 2017.<sup>14</sup> Den nye forordningen kan tilsi en snever og konkret forståelse av Høyesteretts dom. Langt på vei innebærer den at ballen er spilt tilbake til lovgiver.

### 1.3 Oppbygning og tilnærming

Punkt 2 beskriver opprinnelsen til systemet med fortrinnsrett for havnearbeidere for å synliggjøre ordningens *offentlige dimensjon*. Som vi skal se senere, har nemlig den offentlige dimensjonen betydning for domstolsprøvingens intensitet. Domstolskontrollen skal skje med en grad av tilbakeholdenhet når viktige politiske prioriteringer er gjenstand for avveining mot retten til fri bevegelse.

Punkt 3 utdyper hvorfor ordningen som gir havnearbeidere fortrinnsrett til lasting og lossing av skip, er et inngrep i etableringsfriheten. Punkt 4 forklarer den litt spesielle rettslige rammen for Havnearbeiderdommen. Den overordnede problemstillingen i saken var om Transportarbeiderforbundets varslede boikott av Holship ville forfølge et *rettsstridig formål*, jf. boikottloven § 2 bokstav a. De internasjonale kildene er avgjørende for rettsstridsvurderingen – og denne har flere fasetter. Vi skal se hvordan etableringsretten i EØS-avtalen både må avveies mot den offentlige interessen i å respektere Norges folkerettslige forpliktelser – ILO-konvensjonen – og mot fagforeningenes aksjonsfrihet.

I punkt 5 viser jeg hvordan Høyesterett, tilsynelatende inspirert av EMDs praksis, lot avveiningen mellom etableringsfriheten og foreningsfriheten bero på en *balansetest*. En slik tilnæringsmåte innebærer at Høyesterett opphøyer etableringsretten i EØS-avtalen til en fundamental rettighet – prinsipielt likestilt med rettigheter som nyter Grunnlovsværn. Samtidig inviterer balansetesten til en svært inngående domstolsprøving.

I punkt 6 kontrasterer jeg Høyesteretts tilnæringsmåte med EU-domstolens balansetest, hvis utgangspunkt er at grunnrettigheter og retten til fri bevegelse *ikke* er rettigheter som befinner seg på samme nivå. Dette leder normalt inn i en mer begrenset domstolsprøving enn en balansetest mellom prinsipielt likestilte rettigheter. Normalt er den sentrale testen om grunnrettigheten kunne blitt ivaretatt på en *mindre inngripende måte*.

I punkt 7 spør jeg om balansetesten i det hele tatt var riktig innfallsvinkel til avveiningen i Havnearbeiderdommen. Primært håndterte Høyesterett saken som en rettighetskonflikt mellom to private. Med en slik innfallsvinkel kommer fortrinnsrettens offentlige dimensjon i bakgrunnen. Hvis man i stedet anser konflikten mellom fortrinnsretten og etableringsfriheten som en konflikt mellom rettigheter og politikk, innebærer det at avveiningen ikke vil være styrt av en balansetest – men i stedet av proporsjonalitetsprinsippet. Også under dette prinsippet skal domstolene utvise en grad av tilbakeholdenhet slik at det sentrale spørsmålet er om det fantes *mindre inngripende tiltak*.

I punkt 8 viser jeg at verken Høyesteretts flertall eller mindretall foretok en egentlig analyse under det artikkelen identifiserer som den viktigste «testen» i saken: mindre inngripende-vurderingen. I sammenfatningen i punkt 9 sammenholder jeg de problematiske sidene ved Høyesteretts avgjørelse med veivalgene som EUs nye havneregulering hviler på.

---

<sup>14</sup> Europa-parlamentets og Rådets forordning 2017/352 af 15. februar 2017 om opstilling af rammer for levering af havnetjenester og fælles regler om finansiel gennemsigtighed for havne (EØS-relevant tekst).

## 2 Fortrinnsrettens og dens offentlige karakter

### 2.1 I Norge

Norge ratifiserte ILO-konvensjonen i 1974. Detaljene rundt tolking og implementering av fortrinnsretten er overlatt til den enkelte konvensjonsstat. I pakt med vår arbeidslivsmodell har man i Norge ikke lovfestet havnearbeidernes fortrinnsrett, men overlatt til partene i arbeidslivet å realisere ILO-konvensjonens ordning. Den såkalte rammeavtalen – et tillegg til tariffavtale sluttet mellom LO og NHO – sikrer bestemte havnearbeidere fortrinnsrett til *lasting og lossing* av skip. Slik avtale ble første gang inngått i 1976 og har siden vært gjenstand for fornyelse annethvert år – sist høsten 2016 med virkning ut 2018.<sup>15</sup> Den kontroversielle bestemmelsen om fortrinnsrett i rammeavtalen § 2.1 lyder slik:

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

Gjennom å stadfeste havnearbeidernes fortrinnsrett ivaretar rammeavtalen to offentlige formål. For det første sikrer den havnearbeidstakernes velferd. For det andre realiserer rammeavtalen den allmenne interessen i å respektere, opprettholde og forvalte en konvensjon Norge har sluttet seg til.<sup>16</sup> I Rt. 1997 s. 334 *Sola havn* beskrev Høyesterett systemet slik:

«Rammeavtalen ... 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. ... 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.»<sup>17</sup>

Den offentlige interessen i å sikre at folkerettslige forpliktelser Norge har påtatt seg, blir respektert, var bakgrunnen for at staten intervenerte i Havnearbeiderdommen, jf. tvisteloven § 30-13.<sup>18</sup> Ordningens offentlige karakter kommer også til syne gjennom måten fortrinnsretten blir administrert på i praksis. Den blir forvaltet av det såkalte *Administrasjonskontoret*, som koordinerer innsatsen til de fast ansatte havnearbeiderne. Kontoret kan ikke gå med økonomisk overskudd. Dets styre består av tre representanter fra oppdragsgiverne, altså havnebrukerne, og to representanter fra havnearbeiderne.<sup>19</sup> Rammeverket skal bidra til at fortrinnsretten blir realisert på en nøytral måte.

<sup>15</sup> <http://www.transportarbeider.no/kunder/ntf/cms.nsf/pages/tariffavtale>. Presentasjonen er en forenkling. For mer inngående historikk, se Ar-1977-15; Ar-2014-29; Ar-2014-43 og Ar-2015-17.

<sup>16</sup> Kf. sak E-14/15, *Holship*, avsnitt 128. Begrensningen av hvem som kan operere fritt på havnen, har også en sikkerhetsmessig side.

<sup>17</sup> Rt. 1997 s. 334, *Sola Havn* (s. 340), også sitert i Havnearbeiderdommen, avsnitt 73.

<sup>18</sup> Havnearbeiderdommen, avsnitt 26.

<sup>19</sup> Havnearbeiderdommen, avsnitt 5.

ILO-konvensjonen overlater til medlemsstatene selv å definere hvem som er en havnearbeider og detaljene i vernet. Den norske ordningen er relativt klinisk sammenliknet med for eksempel ordningen som sto for EU-domstolen i *Kommisjonen mot Spania* – en avgjørelse Høyesterett trakk linjer til i Havnearbeiderdommen og som vi derfor skal komme tilbake til.<sup>20</sup> For det første er ILO-konvensjonens term «dock work» gjenstand for innskrenkende fortolkning, rammeavtalen omfatter kun lasting og lossing. For det andre sikrer den norske ordningen fortrinnsretten på en direkte måte, uten å legge noe fra eller til. For det tredje er rammeavtalen nyansert fordi den under gitte betingelser tillater såkalt «self-handling», nemlig dersom det skjer med bedriftens egne folk ved bedriftens eget anlegg. Som jeg skal komme tilbake til er denne form for nyansering av betydning i mindre inngripende-vurderingen som EØS-retten leder inn i.

## 2.2 I Europa

### 2.2.1 Ny havneforordning vedtatt februar 2017

Fortrinnsrettens offentlige karakter og dens forankring i ILO-konvensjonen innebærer at Norge langt fra er det eneste landet i Europa som har egne ordninger for havnearbeidere. Ifølge en rapport fra 2013 opererer 16 av 22 maritime EU-stater med særregulering av havnearbeid. Elleve av disse statene har et system med eksklusive rettigheter eller fortrinnsrettigheter.<sup>21</sup> Detaljene varierer.

Havner er viktig infrastruktur i et marked, derfor har EU lenge forsøkt å få på plass lovgivning på området. To ganger har Kommisjonen fremmet forslag til havnedirektiv – det første ble fremsatt 13. februar 2001, det andre 13. oktober 2004.<sup>22</sup> Begge forslagene ble forkastet av Europa-parlamentet etter press fra europeiske fagforeninger.<sup>23</sup> Den nye forordningen som ble vedtatt 15. februar 2017 bøyer av for fagforeningenes innvendinger.<sup>24</sup> Den nye havneforordningen er EØS-relevant og kan også bidra til å kaste lys over avgjørelsen i Havnearbeiderdommen og dens prejudisielle rekkevidde. Når jeg går gjennom lovgivningshistorikken i detalj, er det særlig fordi den underbygger hvorfor mindretallets tilnærming til rettsspørsmålene i Havnearbeiderdommen er den korrekte, og fordi lovgivningshistorikken illustrerer hvordan mindre inngripende-vurderingen kan se ut.

### 2.2.2 Bakgrunn – forslagene i 2001 og 2004

Direktivforslaget i 2001 tok sikte på å liberalisere adgangen til å drive havnevirksomhet, men åpnet for at medlemsstatene kunne gjøre slik virksomhet betinget av konsesjon. Særlig to elementer var kontroversielle. For det første statuerte 2001-forslaget at havnevirksomheter med konsesjon skulle ha rett til å hyre personell etter *eget valg* for å utføre oppgaver innenfor

---

<sup>20</sup> Sak C-576/13, *Kommisjonen mot Spania*, EU:C:2014:2430.

<sup>21</sup> Eric Van Hooydonk, *Port Labour in the EU*, Volume 1, Study commissioned by the European Commission, Brussels 2013, s. 261–266.

<sup>22</sup> Henholdsvis KOM (2001) 35 og KOM (2004) 654. For en velskrevet og detaljert gjennomgang av prosessen, se Patrick Verhoeven, «Dock Labor Schemes in the Context of EU Law and Policy», *European Research Studies*, 2011 s. 149–166.

<sup>23</sup> For en oppsummering, se European Parliament, *The liberalization of EU port services*, Briefing March 2017 med videre henvisning til Peter Turnbull, «From social conflict to social dialogue: Counter-mobilization on the European waterfront», *European Journal of Industrial Relations*, 2010, s. 333–349.

<sup>24</sup> Forordning 2017/352.

rammen av konsesjonen.<sup>25</sup> Tatt på ordet ville en slik rett eliminere de registrerte havnearbeidernes fortrinnsrett. For det andre påla direktivet medlemsstatene å ta alle nødvendige skritt for å åpne for «self-handling».<sup>26</sup> «Self-handling» innebærer at hver enkelt havnebruker fritt kan anvende egne ansatte til lasting og lossing av eget gods.

Etter at 2001-forslaget falt, forsøkte man i 2004 å justere de mest kontroversielle elementene. Først kan vi merke oss at Kommisjonens forslag inneholdt en oppfordring til alle medlemsstater om å slutte seg til ILO-konvensjon nr. 137 hvor fortrinnsretten fremgår:

«I debatten om det tidligere lovforslag er det ofte blevet hævdet, at en åbning af markedet for havnetjenester vil få negative følger for dem, der arbejder i sektoren, i form af forringede ansættelsesvilkår og sociale forhold, eller at sikkerheden i havnene bringes i fare. Dette er ikke sandt. Kommissionen har altid understreget forslagets neutralitet, for så vidt angår nationale regler om ansættelsesvilkår og sociale spørgsmål ... Endelig vil Kommissionen for at forbedre anvendelsen af den foreslåede EF-lovramme opfordre medlemsstaterne til at ratificere de konventioner, der er vedtaget i internationale organisationer, navnlig de relevante ILO-konventioner.»<sup>27</sup>

Forslaget fra 2004 uttrykte dermed en grunnleggende forutsetning om at ILO-konvensjonen og fortrinnsretten er forenlig med EU-rettens prinsipper om fri bevegelighet, ja, at disse regelfragmentene nærmest supplerer hverandre og trekker i samme retning. De viktigste forskjellene om en sammenlikner 2004-forslaget med 2001-forslaget, var at konsesjon for drift av havnevirksomhet skulle være *obligatorisk*.<sup>28</sup> Konsesjonshaverne skulle fortsatt kunne hyre arbeidskraft etter eget valg, men bare når bestemte vilkår var oppfylt, blant annet om overholdelse av «regler om ansættelsesvilkår og sociale bestemmelser, herunder dem, der er fastsat i kollektive overenskomster».<sup>29</sup> På samme vilkår skulle «self-handling» med eget, *landbasert* personell være tillatt.<sup>30</sup> Kompromisset var dels begrunnet i at landbaserte virksomheter som bruker eget personell ikke øker aktivitets-svingningene i havnen, men viktigst: Gjennom nasjonal lovgivning og tariffavtaler vil eget, landbasert personell normalt ha samme vern som registrerte havnearbeiderne som er beskyttet av ILO-konvensjonen. Innenfor direktivforslagets skranker kan man til og med hevde at slike landbaserte arbeidere *er* havnearbeidere i ILO-konvensjonens forstand, og at noen konflikt ikke foreligger. Dette er av interesse for den fremtidige forståelsen av Havnearbeiderdommens prejudisielle rekkevidde. Holships arbeidere var landbaserte og deres laste- og lossevirksomhet kunne nok kanskje regnes som en form for self-handling.

Bare i helt spesielle tilfeller åpnet direktivforslaget fra 2004 for self-handling ved bruk av sjømenn, nemlig «for rederier, der driver godkendt fast rutefart på nærsøfartsforbindelser og motorveje til søs».<sup>31</sup> Slike selskaper er allerede autorisert, de bidrar til å oppfylle en

---

<sup>25</sup> 2001-forslaget artikkel 6.5.

<sup>26</sup> 2001-forslaget artikkel 11 jf. 4.7.

<sup>27</sup> Kom (2004) 654 punkt 2.3. Dette ble operasjonalisert i direktivforslaget artikkel 4.

<sup>28</sup> 2004-forslaget artikkel 7.

<sup>29</sup> 2004-forslaget artikkel 7.6 jf. artikkel 7.3, jf. fortalen punkt 19.

<sup>30</sup> 2004-forslaget artikkel 13, jf. definisjonen av self-handling i artikkel 3.9 jf. fortalen punkt 34–36.

<sup>31</sup> 2004-forslaget artikkel 13.2.

eksisterende EU-policy, og skip med regulære anløp bidrar ikke til uforutsigbare svingninger ved driften av havnen.

### 2.2.3 Forordningen fra 2017 – et tosporet system

Også 2004-forslaget falt etter motstand fra fagforeningene. Særlig var forslagene som berørte ILO-fortrinnsretten kontroversielle. Den vedtatte forordningen fra 2017 tar derfor ytterligere skritt tilbake. I forslaget til ny regulering ble det pekt på at:

«Havnearbejdernes faglige organisationer er voldsomt imod EU-bestemmelser, som rører ved havnearbejdernes nuværende arbejdsaftaler i visse medlemsstater. Repræsentanterne for lodstjenester fremfører, at lodstjenester – selv om de ydes mod vederlag – ikke er en økonomisk ydelse og ikke bør være underlagt konkurrence.»<sup>32</sup>

Den nye forordningen kommer fagforeningene i møte ved at godshåndtering helt ut er unntatt fra alle bestemmelser om liberalisering og markedsadgang. Det følger av unntaksbestemmelsen i artikkel 10 som lyder slik:

1. Dette kapitel og artikkel 21 finder ikke anvendelse på godshåndtering, passagertjenester eller lodsning.
2. Medlemsstaterne kan beslutte at anvende dette kapitel og artikkel 21 på lodsning. Medlemsstaterne underretter Kommissionen om en sådan beslutning.

Det skal for ordens skyld presiseres at «lodsning» her betyr lostjenester, ikke lossing, se også definisjonen i forordningens artikkel 2.8. En antitetisk tolking av artikkel 10 vil innebære at unntaksbestemmelsen åpner for at medlemsstatene selv kan velge å la det nye regimet komme til anvendelse på lostjenester, men at reguleringen *fratar* medlemsstatene denne muligheten når det gjelder godshåndtering. Nedenfor forklarer jeg hvorfor artikkel 10.2 er å forstå som et forbud mot å lovgi.

I EU har den nye havnereguleringen blitt presentert som et *tospor*et system fordi den tar i bruk både harde og myke virkemidler, henholdsvis lovgivning og «sosial dialog»:

«Two previous attempts to liberalise port services (in 2001 and 2004) provoked controversy, particularly regarding their social/labour market aspects, and were rejected by the European Parliament. The latest initiative combines a legislative and a ‘soft’ approach. The previously contentious cargo handling and passenger services will not be opened up to the market through legislation. Instead, the Commission is focusing on establishing a clear framework for market access to port services and common rules on the transparency of public funding for ports and the charges for users. The ‘soft’ approach comprises an action plan and the launch of sectoral social dialogue.»<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> KOM (2013) 296, punkt 2.1.

<sup>33</sup> European Parliament, *The liberalization of EU port services*, Briefing March 2017 (summary).



Regulering av godshåndtering skal man oppnå med myke virkemidler, gjennom dialog med arbeidslivets parter. Det fremgår av forordningens fortale, avsnitt 56, som kom inn i forordningen samtidig som dens artikkel 10.2 fikk sin endelige utforming.<sup>34</sup>

For å forstå forordningens tosporede løsning er det viktig å være klar over at «sosial dialog» er en formell prosess som er forutsatt og beskrevet i TFEU artikkel 151–156. Traktaten åpner for å lovfeste de avtaler man (eventuelt) kommer frem til gjennom sosial dialog på EU-nivå. Også dialog er altså en mekanisme for harmonisering. En antitetisk tolking av den nye havneforordningens artikkel 10.2 vil innebære en form for lovgivningsforbud på medlemskapsnivå. Det skaper rom for å lovfeste de løsninger som dialogen på europeisk nivå måtte lede frem til. Dette gjør at den nyanserte utformingen av artikkel 10.2 fremstår som bevisst. Da forslaget til ny havneregulering ble fremsatt ble det understreket at lovgivningsinitiativet «sikrer en god afvejning mellem lovgivningstiltag og en blødere tilgang, f.eks. den sociale dialog».<sup>35</sup> I forlengelsen ble det presisert at «yderligere lovbestemmelser kan underminere bestræbelserne for at indlede en social dialog på EU-plan».<sup>36</sup>

På havneområdet ble sosial dialog formelt etablert i juni 2013. Frem til prosessen eventuelt gir resultater vil lasting og lossing ikke være gjenstand for sekundærregulering. Samtidig må medlemsstatens nasjonale ordninger respektere EU-rettens grunnleggende regler: tjenestefriheten, etableringsfriheten og konkurransereglene. Havneforordningens forhistorie viser at det ikke er noen direkte motstrid mellom disse prinsippene og ILO-konvensjonens fortrinnsrett. Selv om havneforordningen ikke angir hvordan avveiningen mot europaretten skal skje i detaljene, inneholder den enkelte generelle betraktninger av interesse. I fortalen avsnitt 24 heter det:

«Unionen har en bred vifte af søhavne med forskellige modeller for tilrettelæggelse af havnetjenester. Det vil derfor ikke være hensigtsmæssigt at indføre en fælles model. Havnemyndigheden eller den kompetente myndighed bør have mulighed for at begrænse antallet af leverandører af en given havnetjeneste, hvis det er berettiget af en eller flere grunde.»

I fortalen avsnitt 35 heter det:

«Medlemsstaterne bør fortsat have beføjelse til at sikre et passende socialt beskyttelsesniveau for de ansatte i virksomheder, der leverer havnetjenester. Denne forordning bør ikke berøre anvendelsen af medlemsstaternes sociale og arbeidsretlige regler.»

Samlet markerer den nye forordningen at EU bøyer av for fagforeningene.

### **2.3 Forholdet til Høyesteretts avgjørelse**

---

<sup>34</sup> Europa-Parlamentets holdning fastlagt ved førstebehandlingen den 14. december 2016 (P8\_TC1-COD(2013)0157).

<sup>35</sup> KOM (2013) 296, avsnitt 1.3.

<sup>36</sup> KOM (2013) 296, avsnitt 3.1.

Lovgivningshistorikken som er gjennomgått foran, gjør det vanskelig å akseptere premisset som ligger til grunn for mange av flertallets prinsipielle analyser i Havnearbeiderdommen: at det foreligger en direkte motstrid mellom EØS-avtalen og ILO-konvensjonen som reiser spørsmål om (for)rang og forholdet til Grunnloven.<sup>37</sup> Etter min oppfatning kan det ikke reises rasjonelle innvendinger mot mindretallets innfallsvinkel i avsnitt 175 i avgjørelsen:

«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.*» (Min utheving).

EU-lovgivningen og dens forhistorie bidrar også til å understreke at nasjonal regulering som er ment å realisere ILO-konvensjonen, utvilsomt forfølger et legitimt formål. Når man skal vurdere om begrensningen i etableringsfriheten kan rettferdiggjøres, er derfor den sentrale rettslige problemstillingen *om det nasjonale regimet realiserer sine målsettinger på den minst inngripende måte.*

I Havnearbeiderdommen gikk flertallet ikke inn på betydningen av EUs lovgivningsinitiativer.<sup>38</sup> Etter mitt syn var det uheldig. Lovgivningsinitiativene bidrar til å understreke fortrinnsrettens offentlige og politiske dimensjon, og dens pan-europeiske karakter, mens Høyesterett langt på vei håndterte saken som en bryggekrangel mellom to private. Senere i artikkelen skal vi se at mye av motivasjonen bak EU-domstolens kontroll med fagforeningenes aksjonsfrihet har vært å forhindre at fagforeningene bruker den makten de er gitt for å kunne beskytte sine medlemmer, til i stedet å kjempe rent politiske slag. Hvis den tariffestede fortrinnsretten for arbeiderne i Drammen havn var et hjemmespikket system som fagforeningene selv hadde kommet opp med – nær sagt ut av det blå – så ville det vært grunnlag for skepsis. Var dette tilfelle, ville det kanskje være riktig å konstatere, slik flertallet i Høyesterett gjorde, at «som tariffavtalebestemmelse er en slik fortrinnsrett som NTF krever, av irregulær karakter ... og ... i realiteten ... en form for næringsregulering».<sup>39</sup> Dette stiller seg annerledes når den offentlige dimensjonen blir tatt i betraktning. ILO-konvensjonen ivaretar sosialpolitiske hensyn, og det er i utgangspunktet helt regulært å oppfylle en konvensjonsforpliktelse med et slikt formål.

### 3. Etableringsfriheten

#### 3.1 Restriksjonsbegrepet

I sin rådgivende uttalelse konstaterte EFTA-domstolen at «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

<sup>37</sup> Havnearbeiderdommen, avsnitt 63–71 og avsnitt 124.

<sup>38</sup> Se derimot mindretallet, avsnitt 176–180.

<sup>39</sup> Havnearbeiderdommen, avsnitt 103.

EØS-avtalen artikkel 31».<sup>40</sup> Både flertallet og mindretallet i Høyesterett la dette til grunn for sin tilnærming. Jeg er enig i vurderingen og vil kort greie ut om rettsoppfatningen standpunktet representerer.

Et vilkår om at fast ansatte havnearbeidere skal ha fortrinnsrett til lasting og lossing av skip, er en generell ordning. Formelt gjelder systemet uten forskjell for nasjonale og utenlandske havnebrukere. Rent faktisk er det vanskelig å se at ordningen skaper større utfordringer for utlendinger enn for innlendinger. Fortrinnsretten for fast ansatte havnearbeidere innebærer verken åpen diskriminering eller noen form for faktisk forskjellsbehandling. Derfor hviler Høyesteretts standpunkt på en generell betraktning om at EØS-avtalen artikkel 31 går lenger enn å oppbære et likebehandlingsprinsipp. Etableringsretten rammer også andre begrensninger i «adgangen til et marked ... selv om begrensningene ikke diskriminerer ut fra nasjonalitet».<sup>41</sup>

Høyesteretts tolking er i samsvar med ordlyden i EØS-avtalen artikkel 31 nr. 1 første ledd som bestemmer at det ikke skal være «noen restriksjoner på etableringsadgangen». I bestemmelsens andre ledd er det riktignok presisert at etableringsadgangen skal omfatte «adgang til å starte og utøve selvstendig næringsvirksomhet og til å opprette og lede foretak ... på de vilkår som lovgivningen i etableringsstaten fastsetter for egne borgere». Det vil imidlertid være feil å forstå det siste som et forsøk på å oppstille en uttømmende definisjon av etableringsrettens innhold og rekkevidde som kan benyttes som grunnlag for antiteser. I stedet må artikkel 31.1 andre ledd forstås som en presisering av hva som utgjør etableringsrettens kjerne. Hvor langt man kan bevege seg bort fra denne, vil bero på en formålsoverordnet og over tid dynamisk tolking av bestemmelsen. Den sentrale problemstillingen er hvilke tiltak som med rimelighet kan sies å utgjøre en restriksjon på *adgangen til et marked*. Gjennom dette knytter Høyesterett an til EU-domstolens lære om «market access».

### 3.2 Læren om markedsadgang

Hvor langt læren om såkalt adgang til markedet – *market access* – supplerer et restriksjonsbegrep basert på forskjellsbehandling, er et omfattende og i noen grad uavklart spørsmål som er gjenstand for inngående analyser i internasjonal teori.<sup>42</sup> De grunnleggende utgangspunktene er imidlertid klare. Det sentrale vurderingstemaet er om de «nationale foranstaltninger ... kan hæmme udøvelsen af de ved traktaten sikrede grundlæggende friheder eller gøre udøvelsen heraf mindre tiltrækkende».<sup>43</sup> Det er i den forbindelse på det rene at man ikke kan oppstille en meningsfull rettslig sontring mellom regler som direkte retter seg mot adgangen til å oppta og etablere virksomhet på den ene side, og regler som utesker rammebetingelsene for utøvelse av virksomheten på den annen. I praksis vil jo en

---

<sup>40</sup> Sak E-14/15, *Holship*, konklusjonen punkt 4.

<sup>41</sup> Havnearbeiderdommen, avsnitt 91.

<sup>42</sup> F.eks. Jukka Snell, «The notion of market access: a concept or a slogan?», *Common Market Law Review*, 2010, s. 437–472; Niamh Nic Shuibhne, *The Coherence of EU Free Movement Law*, Oxford 2013 og Stefan Enchelmaier, «Four Freedoms, Ever More Principles?» *Oxford Journal of Legal Studies*, 2016, s. 1–26. For en utdyping, se Tarjei Bekkedal, «The Reach of Free Movement. A Defence of Court Discretion», i Mads Andenas, Tarjei Bekkedal and Luca Pantaleo (eds), *The Reach of Free Movement*, Springer 2017.

<sup>43</sup> Sikker rett, se for eksempel Sak C-55/94, *Gebhard*, EU:C:1995:411, avsnitt 37; Sak C-201/15, *AGET Iraklis* (storkammer), EU:C:2016:972, avsnitt 48.

næringsdrivende gjerne se hen til de nasjonale rammebetingelsene for utøvelse av virksomhet før han opptar slik virksomhet og flytter på seg. EU-domstolen har derfor slått fast at:

«Betingelserne for udøvelse af en virksomhed kan imidlertid også påvirke adgangen til denne samme virksomhed. En lovgivning, der vedrører betingelserne for udøvelse af en erhvervsmæssig beskæftigelse, kan således udgøre en hindring af den frie bevægelighed som omhandlet i denne retspraksis.»<sup>44</sup>

Ikke enhver nasjonal rammebetingelse vil rammes, man må over en viss terskel for at markedsadgangen kan sies å være berørt.<sup>45</sup> Generelt har EU-domstolen stilt seg kritisk til nasjonale regler som berører de grunnleggende mekanismene for hvordan man innretter og driver en virksomhet, for eksempel med hensyn til hvem man kan kontrahere med,<sup>46</sup> hvilke arbeidere man kan bruke,<sup>47</sup> og hvilke priser man kan operere med.<sup>48</sup> Nasjonale regler som gjør at utenlandske foretak mister konkurransefortrinn, for eksempel muligheten til å utnytte lavere kostnadsbase, eller til å gjøre ting på nye og mer innovative måter, vil ofte rammes som restriksjoner.<sup>49</sup>

I lys av EU-domstolens praksis er det etter mitt syn udiskutabelt at en slik fortrinnsrett som i Havnearbeiderdommen er over terskelen for hva som utgjør en restriksjon i etableringsfriheten. Praktisk: Det ville vanskeliggjøre eller fordyre Holships virksomhet – håndtering og vask av fruktkasser – om selskapet ikke kunne bruke sin egen arbeidskraft til å laste og losse slike kasser. Prinsipielt: Kjernen i det å etablere drive virksomhet, det teoretiske grunnlaget for at foretak eksisterer, er at selskapet er en sammenslutning som «insourcer» aktiviteter som bør ligge samlet i én virksomhet og som «outsourcer» det øvrige.<sup>50</sup> Friheten til å foreta valget mellom bruk av intern og ekstern arbeidskraft fremstår i et slikt perspektiv som fundamental for virksomheten selv, og, over tid, for effektiv organisering av samfunnet.<sup>51</sup>

Målt opp mot den europarettslige etableringsfriheten ligger et slikt inngrep som havnearbeidernes fortrinnsrett utgjør, i nedre sjikt. Restriksjonen var for eksempel langt mer beskjeden enn inngrepene EU-domstolen håndterte i avgjørelsene i *Laval* og *Viking Line*.<sup>52</sup> Det skyldes særlig at fortrinnsretten verken innebærer noen form for forskjellsbehandling eller

---

<sup>44</sup> Sak C-464/02, *Kommissionen mod Danmark*, EU:C:2005:546, avsnitt 37.

<sup>45</sup> Stephen Weatherill, «After Keck: Some thoughts on how to clarify the clarification», *Common Market Law Review*, 1996, s. 885–906, punkt 5 og Sak C-201/15, *AGET Iraklis* (storkammer), EU:C:2016:972, avsnitt 57.

<sup>46</sup> C-518/06, *Kommissionen mod Italia*, EU:C:2009:270, avsnitt 62–71. Sammenhold sak C-283/11, *Sky Österreich*, EU:C:2013:28, avsnitt 43 jf. 42.

<sup>47</sup> Avgjørelsen i sak C-113/89, *Rush Portuguesa*, EU:C:1990:142, kan ses som et prinsipielt skjæringspunkt hvor foretakene på den ene side kan velge hvilke arbeidere den vil bruke, men hvor medlemsstatene på den andre side har sin adgang til å regulere arbeidsvilkårene i behold.

<sup>48</sup> Se for eksempel sak 82/77, *van Tiggele*, EU:C:1978:10 avsnitt 14; sak C-442/02, *CaixaBank*, EU:C:2004:586, avsnitt 12–14, forenede saker C-94/04 og C-202/04, *Cipolla*, EU:C:2006:758, avsnitt 59. I sak C-565/08, *Kommissionen mod Italien*, EU:C:2011:188, avsnitt 51 kom EU-domstolen derimot til at bestemmelser om maksimalsatser for advokatsalær ikke utgjorde en restriksjon og det kan nok forklares med at slike begrensninger ikke påvirker selskapenes konkurranseevne, motsatt av for eksempel regler om minstepris eller fikserte priser.

<sup>49</sup> Av relevans i vårt tilfelle, sak C-179/90, *Merci*, EU:C:1991:464, avsnitt 19.

<sup>50</sup> Ronald Coase, «The Nature of the Firm», *Economica*, 1937, s. 386–405.

<sup>51</sup> I samme retning Sak C-201/15, *AGET Iraklis* (storkammer), EU:C:2016:972, avsnitt 52–55.

<sup>52</sup> Sak C-341/05, *Laval*, EU:C:2007:809, gjaldt en åpent diskriminerende ordning, se dommens avsnitt 116. Sak C-438/05, *Viking Line*, EU:C:2007:772 gjaldt en fagforenings kamp mot utflagging, og det å bekjempe flytting over landegrensene er selve negasjonen av fri bevegelighet.

utgjør en umiddelbar og total hindring for etablering eller fri bevegelighet. I tillegg er fortrinnsretten et spisset tiltak med et tydelig og avgrenset formål og en beskjeden rekkevidde. Disse observasjonene er reflektert i EFTA-domstolens rådgivende uttalelse. Domstolen fant grunn til å understreke at restriksjoner i etableringsadgangen rammes selv om de er «av begrenset omfang eller av mindre betydning».<sup>53</sup> Dens konklusjon var også ganske varsomt formulert. EFTA-domstolen konstaterte at et system med fortrinnsrett «sannsynligvis [vil] vanskeliggjøre eller til og med hindre etablering av selskaper fra andre EØS-stater».<sup>54</sup>

### 3.3 Betydningen av at fortrinnsrettens er gjennomført i tariffavtale

ILO-konvensjonen overlater til traktatstatene selv å definere hva som menes med havnearbeid. På den ene side går fortrinnsretten i den norske ordningen kort, jf. beskrivelsen i punkt 2 foran. På den annen side har man valgt en særegen løsning for gjennomføring, tilpasset den norske arbeidslivsmodellen. Fortrinnsretten er ikke lovfestet, men følger av tariffavtale. Etter mitt syn er det vanskelig å finne kildemessig belegg for en påstand om at denne reguleringsmekanismen i seg selv er et problem.

Utgangspunktet synes klart: Med mindre noe annet er positivt bestemt, legger ikke europaretten seg opp i hvordan medlemsstatene prosessuelt og teknisk gjennomfører regulering nasjonalt. Ved implementering av direktiver er det for eksempel sikker praksis at medlemsstatene kan overlate gjennomføringen av direktivets ordning til arbeidsmarkedets parter.<sup>55</sup> Kravet EU-domstolen har stilt, er at en slik desentralisert gjennomføringsmåte må suppleres med lovgivning som sikrer at rettigheter som blir tariffestet også kan håndheves av personer som skal ha rettigheter ifølge direktivet, men som ikke er omfattet av tariffavtalen som implementerer disse. Kravet om mekanismer som skal sikre effektiv og universell håndhevelse av direktivrettigheter implementert gjennom tariffavtale, er uten direkte betydning for Havnearbeiderdommen. Her var jo fagforeningens anliggende å sikre håndhevelsen av ILO-konvensjonen – og EU-rettens krav om effektiv retts håndhevelse kommer bare til anvendelse ved gjennomføring av EU-rett. Følgende er likevel verdt å nevne: Boikottloven og dens potensielle amnesti fra alminnelige regler om straff og erstatning er den statlige mekanisme som muliggjør universell håndheving av tariffavtalen hvor havnearbeidernes fortrinnsrett fremgår og derigjennom effektiv håndhevelse av ILO-konvensjonen. Dette er speilbildet av ordninger EU-domstolen har akseptert for EU-rettens vedkommende.

Primært retter EU-retten seg mot reglers materielle innhold, ikke valg av rettslig instrument. Det klareste uttrykket for dette er kanskje at reglene om de fire friheter blir anvendt mot regulatorisk aktivitet fra fagforeningenes side, selv om disse foreningene er private rettssubjekter. Den sentrale betraktningen er at foreningsskapt regler kan ramme retten til fri bevegelighet like hardt som myndighetsskapt regulering. I det at man underkaster foreningsskapt regler materiell kontroll tilsvarende den som gjelder for offentlige regulering,

---

<sup>53</sup> Sak E-14/15, *Holship*, avsnitt 116.

<sup>54</sup> Sak E-14/15, *Holship*, konklusjonen punkt 4 (min utheving).

<sup>55</sup> Sak 143/83, *Kommissionen mod Danmark*, EU:C:1985:34, avsnitt 8; Sak 235/84, *Kommissionen mod Italien*, EU:C:1986:303, avsnitt 20; Sak C-187/98, *Kommissionen mod Grækenland*, EU:C:1999:535, avsnitt 46 og Sak C-306/07, *Ruben Andersen*, EU:C:2008:743, avsnitt 25.

ligger også en anerkjennelse av selve fenomenet: at foreningene står for utøvelse av regulatorisk virksomhet.

#### 4. Om de to avveiningene Havnearbeiderdommen krevde

I punkt 2 foran gjorde jeg rede for hovedtrekkene i EUs lovgivningsprosess frem mot vedtakelsen av den nye forordningen i februar 2017. Denne prosessen viser at spørsmålet om forholdet mellom tjeneste- og etableringsfriheten på den ene side og fortrinnsretten på den annen er av generell og utpreget offentligrettslig karakter. I Havnearbeiderdommen var hovedspørsmålet langt spissere: om Transportarbeiderforbundet lovlig kunne bruke boikott som virkemiddel for å tvinge Holship til å respektere den tariffestede fortrinnsretten. Formelt var saken en konflikt mellom to private parter (med staten som intervenient i lys av den offentlige interessen). Den trange inngangen til svingen satt sitt preg på Høyesteretts håndtering, uten at det etter mitt syn var nødvendig.

Utgangspunktet for vurderingen er boikottloven § 2 bokstav a hvor det heter at boikott er *rettsstridig* når den «har et rettsstridig formål eller ikke kan nå sitt mål uten å føre til et rettsbrudd». Boikottloven definerer altså ikke selv hva som er rettsstridig. Svaret på dette spørsmålet er avledet av lovgivningen for øvrig, og dermed åpner det hele seg opp. I vårt tilfelle beror løsningen på avveiningen mellom etableringsretten på den ene side sammenholdt med politiske prioriteringer og rekkevidden av det konstitusjonelle vernet av organisasjons- og aksjonsfriheten på den annen. Etter mitt syn er det nødvendig å nærme seg spørsmålet om rettsstrid gjennom en analyse i to trinn. Først må man drøfte

1. om inngrepet i etableringsfriheten er «proporsjonalt», altså om selve systemet med fortrinnsrett for fast ansatte havnearbeidere lar seg begrunne i allmenne hensyn.

Dette trinnet i analysen fanger opp den offentlige, politiske interessen i ordningen, slik denne er beskrevet i punkt 2 foran. Når rettigheter står mot politikk, skjer avveiningen gjennom bruk av *proporsjonalitetsprinsippet*. Hvis en ordning med fortrinnsrett er å anse som et proporsjonalt inngrep i etableringsfriheten i lys av det offentlige, sosialpolitiske formålet om å verne havnearbeiderne, vil det følge i forlengelsen at boikott realiserer et rettmessig formål.

Først hvis det offentlige inngrepet i etableringsfriheten ikke lar seg begrunne i allmenne hensyn, *krenker* systemet med fortrinnsrett etableringsretten. Motsvarende vil havnebrukeren – Holship – da ha en rettighet i egentlig forstand. I et slikt tilfelle vil en eventuell boikott fra fagforeningenes side være en kamp mot utøvelsen av denne rettigheten og kan derfor i prinsippet være et forsøk på å realisere et «rettsstridig formål». I en slik situasjon oppstår et annet spørsmål, nemlig

2. om fagforeningens organisasjons- og aksjonsfrihet likevel kan rettferdiggjøre og legitimere aksjoner mot aktører som ønsker å utøve sin etableringsfrihet.

I en EØS-rettslig kontekst oppstår dette siste spørsmålet fordi EU-retten utvilsomt anerkjenner at fagforeningenes organisasjons- og aksjonsrett er en grunnleggende rettighet.<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> Sak C-438/05, *Viking Line*, avsnitt 46 og Sak C-341/05, *Laval*, avsnitt 90.

Aksjonsretten er av generell karakter. Derfor kan den i prinsippet også brukes til å kjempe mot konsekvenser av EU-retten, herunder situasjoner der private foretak utøver sin etableringsfrihet på måter som etter fagforeningenes vurdering setter arbeidsplasser i fare og som foreningen derfor nekter å akseptere. I slike tilfeller står to individuelle rettigheter mot hverandre og avveiningen må bero på en balansetest.

Oppdelingen foran har en viktig rettslig dimensjon. I tilfeller hvor etableringsfriheten kolliderer med en offentlig orden som ivaretar sosialpolitiske hensyn, står *rett mot politikk*. Det har betydning for domstolsprøvingens intensitet – og som vi kommer tilbake til er dette reflektert gjennom utformingen av proporsjonalitetsprinsippet. Dersom etableringsfriheten i stedet står mot aksjonsfriheten, foreligger det en *rettighetskonflikt*. Å avveie rettigheter private i mellom, er i utgangspunktet domstolenes domene. Derfor kan balansetesten potensielt åpne for sterkere prøvingsintensitet.

Høyesterett rendyrket den siste tilnæringsmåten i Havnearbeiderdommen, rettighetskonflikten og den tilhørende balansetesten. I punkt 5 nedenfor beskriver jeg dette nærmere. Deretter, i punkt 6 sammenlikner jeg Høyesteretts tilnæringsmåte med en analyse basert på proporsjonalitetsprinsippet og viser at Høyesteretts analyse kan kritiseres for å være endimensjonal.

## 5. Høyesteretts balansetest

### 5.1 EMD som inspirasjonskilde

I Havnearbeiderdommen foretok Høyesterett avveiningen mellom etableringsfriheten og fagforeningenes aksjonsfrihet på grunnlag av en balansetest. Dette kommer til uttrykk mange steder i avgjørelsen, klarest og mest prinsipielt i avsnitt 86 hvor det blant annet heter:

«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.»

En identisk formulering av balansetesten finner vi, så langt jeg kjenner til, verken i EU-domstolens eller EFTA-domstolens praksis. Derimot er det en slående og viktig likhet mellom Høyesteretts ordvalg og de prinsipielle uttalelsene i EMDs storkammeravgjørelse i *Von Hannover II*, avsagt samme dag som storkammeravgjørelsen i *Axel Springer*.<sup>57</sup> EMDs tvillingavgjørelser er av prinsipiell karakter nettopp fordi de så tydelig betoner forskjellen mellom en balansetest og andre avveiningsteknikker. Dette er Høyesterett godt kjent med. EMD anvendte den nyutviklede balansetesten i saken *Lillo-Stenberg og Sæther mot Norge*, hvor Høyesteretts dom i Rt. 2008 s. 1089 *Bryllupsfoto* sto til prøve.<sup>58</sup> Arnfinn Bårdsen var en

---

<sup>57</sup> *Von Hannover mot Tyskland II*, søkenummer 40660/08 og 60651/08, avsnitt 106–108 og *Axel Springer mot Tyskland*, søkenummer 39954/08, avsnitt 84, begge dommer avsagt 7. februar 2012.

<sup>58</sup> *Lillo-Stenberg og Sæther mot Norge*, søkenummer 13258/09, dom 16. januar 2014, se særlig avsnitt 34.

av de tre dommerne som utgjorde flertallet i *Bryllupsfoto*, og han har i ettertid analysert de forannevnte EMD-avgjørelsene og balansetesten i en akademisk artikkel.<sup>59</sup>

Man kan innvende at avgjørelsene som er referert foran gjaldt EMK-rett, ikke EØS-rett – og det er to ganske forskjellige ting. Når jeg likevel trekker avgjørelsene inn i analysen, er det fordi det etter mitt syn fremstår som tydelig at EMDs tilnæringsmåte har tjent som inspirasjon for Høyesterett. Innvendingene kommer jeg til etter hvert. Det viktige foreløpig er at avgjørelsene i *Von Hannover II* og *Axel Springer* gjaldt håndtering av *rettighetskollisjoner*. Vernet av privatlivet i EMK artikkel 8 sto mot vernet av ytringsfriheten i EMK artikkel 10. EMDs prinsipputtalelse om hvordan rettighetskollisjonen skulle håndteres, og som synes å være Høyesteretts lest, lød slik:

«In cases such as the present one, which require the right to respect for private life to be balanced against the right to freedom of expression, the Court considers that the outcome of the application should not, in theory, vary according to whether it has been lodged with the Court under Article 8 of the Convention, by the person who was the subject of the article, or under Article 10 by the publisher. Indeed, as a matter of principle these rights deserve equal respect ...»<sup>60</sup>

Bakgrunnen for prinsipp-uttalelsen var denne: I eldre EMD-praksis hadde domstolen nærmet seg rettighetskollisjoner med utgangspunkt i den konvensjonsrettigheten som ble påberopt av klager. Denne rettigheten fikk da status som hovedregelen. Dette ledet til at den konkurrerende rettigheten ble betraktet som et inngrep i, og mulig unntak fra, den påberopte rettigheten. Typisk hadde man i tidligere EMD-praksis drøftet om vernet av privatlivet var et hensyn som kunne gjøre inngrep i ytringsfriheten «nødvendig i et demokratisk samfunn» jf. unntaksbestemmelsen i EMK artikkel 10.2.

Problemet med den gamle tilnæringsmåten i tilfeller av rettighetskonflikt er at den tradisjonelle nødvendighetstesten i utgangspunktet er ment å være noe annet enn en ren balansetest. For å hegne om hovedregelens integritet skal unntaksadgangen i prinsippet praktiseres snevert.<sup>61</sup> Innretningen av nødvendighetstesten skaper en risiko for at domstolene går inn i avveiningen mellom kolliderende rettigheter med et tyngdepunkt i favør av den rettigheten som i det konkrete tilfellet tjener som hovedregel.<sup>62</sup> Ønsket om å unngå et slikt systematisk bias, og om å markere at EMK-rettighetene er prinsipielt likestilte, var bakgrunnen for at EMD gikk bort fra å håndtere tilfeller av rettighetskonflikt med utgangspunkt i unntaksbestemmelsene og testen «nødvendig i et demokratisk samfunn». I stedet blir de kolliderende EMK-rettighetene avveiet direkte mot hverandre gjennom en bred, momentbasert analyse – en balansetest.<sup>63</sup> Formålet med denne avveiningsmodellen er å avdekke hvilken rettighet som man med det konkrete faktum befinner seg i kjernen av, rett og

---

<sup>59</sup> Arnfinn Bårdsen, «The Norwegian Supreme Court and Strasbourg. The case of *Lillo Stenberg and Sæther v. Norway*», *German Law Journal*, 2014, s. 1293–1306. Bårdsen går igjennom balansetesten i *Von Hannover II* og *Axel Springer* i detalj på s. 1300 flg.

<sup>60</sup> *Von Hannover II*, avsnitt 106.

<sup>61</sup> *Sunday Times mot Storbritannia*, søkenummer 6538/74, storkammerdom 26. april 1979, avsnitt 65.

<sup>62</sup> Slik Europarådets resolusjon 1165 (1998) avsnitt 8 jf. 10 som lå til grunn for EMDs kursjustering.

<sup>63</sup> Mer utførlig, se Tarjei Bekkedal, «Avveiningen mellom ytringsfriheten og privatlivets fred – om EMDs balansetest», *Lov og Rett*, 2014, s. 315–333.



slett hvilken rettighet som i det aktuelle tilfellet står sterkest. Som vi skal komme tilbake til, fremstår Høyesteretts subsumsjon i Havnearbeiderdommen som et eksempel på en slik såkalt *kjerneinnholdsanalyse*. Formålet med gjennomgangen foran er å vise at en slik avveiningsteknikk hviler på en grunnleggende forutsetning om at de kolliderende rettighetene er prinsipielt likestilte.

## 5.2 «‘Semi konstitusjonell karakter’?»

EMD anvender sin balansetest i tilfeller av kollisjon mellom EMK-rettigheter. I utgangspunktet er disse rettighetene prinsipielt likestilte. EMDs formål med å introdusere balansetesten var å understreke og fremme dette poenget, jf. sitatet i punktet foran: «Indeed, as a matter of principle these rights deserve equal respect».

Det er lett å slutte seg til tilnæringsmåten i tilfeller hvor konvensjonsrettighetene i EMK støter mot hverandre. Når Høyesterett adopterer testen og anvender den i en annen og ny kontekst, er det kontroversielt. Årsaken er at balansetesten, slik Høyesterett utlegger den, forutsetter at rettigheter som er vernet av Grunnloven, og visse rettigheter som er vernet av EØS-avtalen – nemlig retten til fri bevegelse («de fire friheter») – er å anse som prinsipielt likestilte. Slik jeg leser Havnearbeiderdommen, var førstvoterende klar over denne implikasjonen. Høyesteretts konstitusjonelle forfremmelse av EØS-avtalens rett til fri bevegelse fremstår derfor som tilsiktet. Det fremgår om man leser beskrivelsen av balansetesten i Havnearbeiderdommen, avsnitt 86 i lys av det forutgående avsnitt 85, hvor det heter:

«Etableringsretten etter EØS-avtalen artikkel 31 *utgjør en fundamental rett for EØS-samarbeidet* ... 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.» (Min utheving).

Både språklig og materielt håndterer flertallet etableringsfriheten som om den utgjør en fundamental rettighet. Dette bidrar til å forklare standpunktet om at «[s]elv om vilkårene for inngrep i menneskerettigheter og rettigheter etter EØS-avtalen er formulert noe forskjellig, må substansen i avveiningene bli den samme». <sup>64</sup>

Konstitusjonaliseringen av retten til fri bevegelse gir en ny dimensjon til den gamle meningsutvekslingen mellom Carsten Smith og Eivind Smith. EØS-avtalen er gjennomført ved vanlig lov, men denne lovens § 2 har en forrangbestemmelse. Carsten Smith beskrev den tilsvarende mekanismen i menneskerettighetsloven slik:

«Gjennom forrangbestemmelsen vil konvensjonene få en form for semi-konstitusjonell karakter. De vil ikke være på linje med Grunnloven, men likevel ‘gå foran lov’. Man kan som et bilde tale om en trinnhøyde mellom lov og Grunnlov.» <sup>65</sup>

<sup>64</sup> Havnearbeiderdommen, avsnitt 86.

<sup>65</sup> Carsten Smith, «Fra konvensjon til lov», *Mennesker og rettigheter*, 1999, s. 266–274 på s. 272.

Eivind Smith kritiserte dette bildet fordi norsk forfatningsrett jo ikke kjenner noen trinnhøyde mellom lov og Grunnlov.<sup>66</sup> I Havnearbeiderdommen opererer ikke Høyesterett i noe mellomstilt. *Materielt* blir etableringsfriheten i EØS-avtalen behandlet på lik linje med Grunnloven. *Prosessuelt* kan Stortinget fortsatt oppheve EØS-loven på lik linje med andre alminnelige lover. Dette harmonerer godt med måten EØS-avtalen fungerer på. Realitetene er som om Norge var medlem av EU fullt ut, men rent formelt er gjennomføringsmåten ment å beskytte norsk suverenitet.

### 5.3 Konstitusjonaliseringen av tvisten – en konstitusjonalisering av homogenitetsprinsippet

I Havnearbeiderdommen tjente Grunnloven § 101 som inntak til Høyesteretts håndtering av foreningsfriheten, men det var kun i navnet. Når det kom til stykket, fant domstolen det «ikke nødvendig å ta stilling til om rett til boikott overhodet er omfattet av bestemmelsen».<sup>67</sup> Høyesterett forklarte det slik:

«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.»<sup>68</sup>

Betraktningen foran får karakter av å være en retorisk øvelse. Det følger med nødvendighet at Høyesterett ikke vil kunne finne et grunnlag for *i dag* å hevde at det «eksisterer noen forskjell» når Høyesterett avgrensner mot å gå inn i en tolking av Grunnloven § 101. Derfor er det vel også lite praktisk tenkelig at Grunnloven § 101 *i fremtiden* vil bli tolket på en måte som avviker fra «EU-domstolens og EFTA-domstolens syn på foreningsfriheten som grunnleggende rettighet i EU- og EØS-retten». La oss minne om at Høyesterett bygget opp Havnearbeiderdommen som en konflikt mellom Holships etableringsfrihet på den ene side og fagforeningens aksjonsfrihet på den andre. Dersom Høyesterett i plenum, i en slik sak, ikke finner grunn til å foreta en autonom tolking av Grunnloven § 101, er det liten grunn til å tro at det vil skje i senere saker.

Realiteten er derfor at EU-domstolens og EFTA-domstolens syn på foreningsfriheten som grunnleggende rettighet i EU- og EØS-retten siver inn i norsk rett. Det skjer på tross av at EUs Charter om fundamentale rettigheter ikke er innlemmet i EØS-avtalen. I Charteret artikkel 28 heter det:

«*Forhandlingsret og ret til kollektive skridt*

<sup>66</sup> Eivind Smith, «'Semi konstitusjonell karakter'», *Lov og Rett*, 2001, s. 385–386.

<sup>67</sup> Havnearbeiderdommen, avsnitt 83

<sup>68</sup> Havnearbeiderdommen, avsnitt 86 (min utheving).

Arbejdstagere og arbejdsgivere eller deres respektive organisationer har i overensstemmelse med EU-retten og national lovgivning og praksis ret til at forhandle og indgå kollektive overenskomster på passende niveauer og i tilfælde af interessekonflikter ret til kollektive skridt, herunder strejke, for at forsvare deres interesser.»

Skjærer man gjennom retorikken, er min påstand denne: Høyesteretts konstitusjonalisering av tvisten skyldtes ikke berøringspunktet med Grunnloven § 101. Når det kom til stykket viste domstolen ingen interesse for denne bestemmelsen. I stedet tjente Grunnloven som redskap for å løfte EØS-rettens status. Som en refleks av konstitusjonaliseringen av retten til fri bevegelse, kom EU- og EØS-rettens konstitusjonelle vern av forenings- og aksjonsfriheten inn i norsk rett bakveien. Essensen i Høyesteretts resonnement er at Grunnloven § 101 må tolkes slik at foreningsfriheten nyter godt av det samme formelle, konstitusjonelle vern som i EUs Charter. På den annen side er det ikke gitt at den materielle rekkevidden av det konstitusjonelle vernet er omfattende i tilfeller hvor foreningsfriheten kolliderer med retten til fri bevegelse, jf. reservasjonen i Charterets artikkel 28; «i overensstemmelse med EU-retten».

Reservasjonen i Charteret kaster ytterligere lys over Havnearbeiderdommens likestilling av retten til fri bevegelse og foreningsfriheten som beskrevet i avsnittet foran. Den nære forbindelseslinjen mellom de to, forklarer hvorfor det var praktisk for Høyesterett å løfte hele sakskomplekset opp på det konstitusjonelle plan. Dette gjør at Høyesteretts framgangsmåte, i tråd med EØS-tradisjonen, er pragmatisk, mens konsekvensene er prinsipielle.<sup>69</sup> Implisitt anerkjenner Høyesterett betydningen av EUs Charter i norsk rett, uten eksplisitt å statuere dette.

Når EØS-rettens homogenitetsmålsetting slår inn på Grunnlovs nivå, blir homogenitetsprinsippet nærmest selv å anse som et konstitusjonelt prinsipp. Dermed skriver Havnearbeiderdommen seg inn i et bilde hvor homogenitetsmålsettingen er blitt trukket stadig lenger av EFTA-domstolen,<sup>70</sup> og fremstår som en nasjonal bekreftelse og aksept av denne utviklingstendensen.

#### **5.4 Over-konstitusjonalisering av tvisten?**

Høyesteretts konstitusjonelle tilnærming til sakskomplekset i Havnearbeiderdommen var ambisiøs og vil nok i sine detaljer kunne møte kritikk. Mest opplagt: Hvis forenings- og aksjonsfriheten er vernet av Grunnloven § 101 kan man hevde at det ikke er liketil å foreta en jamstilling med, og avbalansering mot, retten til fri bevegelse – som jo i norsk rett er vernet av alminnelig lovgivning på trinnlavere nivå, EØS-loven. Denne kritikken kan man krydre med spissfindig kryssklipping som avdekker den form for små selvmotsigelser som man gjerne finner i store og ambisiøse verk. En annen, ja kanskje den viktigste av Høyesteretts konstitusjonelle avklaringer i saken, var at:

---

<sup>69</sup> Kf. Halvard Haukeland Fredriksen og Christian Franklin, «Of pragmatism and principles: The EEA Agreement 20 years on», *Common Market Law Review*, 2015, s. 629–684.

<sup>70</sup> Illustrerende sak E-28/15, *Yankuba Jabbi*, 26.6.2016.

«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.»<sup>71</sup>

Denne observasjonen kan neppe tas helt på ordet når det gjelder EØS-avtalen, jf. analysen foran.

For egen del vil jeg nøye meg med å peke på at store konstitusjonelle spørsmål har en akademisk karakter som ikke alltid er så lett å håndtere for en domstol, særlig ikke når den sitter i plenum. Vurdert fra en mer praktisk innfallsvinkel, hvor man lar de prinsipielle spørsmålene ligge, er ikke Høyesteretts betraktninger like problematiske. Retten til boikott utspiller seg i stor grad på lovs nivå. Det enkle utgangspunktet blir aldri nevnt i dommen, men vi bør ikke miste det av syne: Den som gjennomfører en ulovlig boikott, risikerer sanksjoner i form av erstatningsansvar eller straff. Det følger av alminnelig lovgivning. Essensen i boikottloven §§ 4 og 5 er at den som gjennomfører en rettmessig boikott, går fri fra den alminnelige lovgivningens bestemmelser om ansvar. Boikottloven er altså en ordinær lov som åpner for å gjøre unntak fra andre alminnelige lover. I tilfeller som vårt har lovgiver utstyrt domstolene med klare direktiver når det gjelder forvaltningen av unntaket. Om man leser boikottloven § 2 bokstav a og EØS-loven § 2 i sammenheng, legger disse bestemmelsene en føring om at domstolene skal forvalte boikottadgangen så restriktivt som mulig i tilfeller hvor dette er nødvendig for å ivareta Norges EØS-rettslige forpliktelser. Noe konstitusjonelt spørsmål er dette ikke.

Potensielt kan forenings- og aksjonsfriheten som vernet av Grunnloven § 101 innebære at føringene som følger av EØS-loven i noen grad må tolkes innskrenkende. Boikottlovens sentrale vurderingskriterium – om boikotten har et *rettsstridig* formål – tar høyde for dette. Det kan altså tenkes at Grunnloven slår igjennom. Uten her å ta stilling til hvor langt foreningsfriheten rekker, jf. Grunnloven § 101, må det imidlertid være på det rene at lovgiver har en relativt stor grad av diskresjon når det gjelder å begrense denne friheten, så lenge det skjer ved lov. Dette går jeg ikke nærmere inn på her.

Mitt hovedpoeng er at selv i tilfeller hvor man skulle begynne å støte an mot kjerneinnholdet i Grunnloven § 101, bør domstolene være forsiktig med å overakademisere slike konflikter – langt mindre håndtere dem som et spørsmål om rang. Eksempler fra praksis som angår rendyrket norsk rett, avdekker en mer pragmatisk og realistisk tradisjon. Avgjørelsen i Rt 1997 s. 1821 *Kjuus* er illustrerende. Her hadde lederen av partiet Hvit valgallianse fremsatt rasistiske ytringer i et partiprogram. Politiske ytringer ligger i kjernen av Grunnloven § 100.<sup>72</sup> Likevel kom Høyesteretts flertall til at ytringene kunne straffesanksjoneres jf. straffeloven (1902) § 135 a. På samme måte som i Havnearbeiderdommen måtte Høyesterett håndtere en rettsstridsreservasjon, og når det gjaldt tilnærmingen til denne, uttalte flertallet i *Kjuus*:

«Det skal skje en avveining hvor hensynet til ytringsfriheten må veie tungt. Men – og det er for meg helt sentralt – det ligger i rettsstridsreservasjonen nettopp at det

<sup>71</sup> Havnearbeiderdommen, avsnitt 70.

<sup>72</sup> Rt. 1997 s. 1821, *Kjuus*, (s. 1831).

skal foretas en avveining. Hensynet til ytringsfriheten skal ikke slå igjennom for enhver pris – uten hensyn til tyngden av de interesser som tilsier at uttalelsene må kunne belegges med straff.»<sup>73</sup>

På samme måte kunne Høyesterett utvilsomt valgt å holde vurderingene i Havnearbeiderdommen på et mer konkret og praktisk plan.<sup>74</sup> Med en slik tilnæringsmåte ville avgjørelsen neppe vært like underanalysert om det spørsmålet som saken faktisk gjaldt – den konkrete avveiningen mellom etableringsfriheten og fortrinnsretten.

## 6. Høyesteretts bruk av kjerneinnholdslæren

### 6.1 Kjerneinnholdslæren – full domstolsprøving

Høyesteretts subsumsjon under balansetesten synes å anvende en kjerneinnholdslære, tilsvarende den vi finner i EMDs praksis i tilfeller hvor likestilte konvensjonsrettigheter kolliderer. Kjerneinnholdslæren anerkjenner at de kolliderende rettighetene beskytter verdier som er inkommensurable. Derfor kan ikke rettighetene harmoniseres på et abstrakt plan. I stedet må man gå konkret til verks. I lys av faktum må man definere hvilken rettighet som veier tyngst i den aktuelle saken – hvilken rettighet man er mest i kjernen av.

I Havnearbeiderdommen la Høyesterett til grunn at man befant seg i kjernen av etableringsfriheten, jf. uttalelsen i avsnitt 118 hvor flertallet konstaterte at boikotten «er således svært inngripende i etableringsretten». Etter min oppfatning er det neppe grunnlag for et slikt postulat. Analysen i punkt 3 foran viste at fortrinnsretten befinner seg i restriksjonsbegrepets randsoner. EFTA-domstolens varsomme formuleringer bidrar til å underbygge et slikt standpunkt.<sup>75</sup>

Når det gjaldt fagforeningens aksjonsfrihet, definerte Høyesterett først dens kjerneområde slik:

«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*’».<sup>76</sup>

I avsnitt 103 i dommen gjør Høyesterett det klart at vi er utenfor kjernen av aksjonsfriheten:

«... 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

---

<sup>73</sup> *Kjuus*, s. 1831–1832.

<sup>74</sup> Når flertallet valgte en annen strategi, skriver avgjørelsen seg inn i mønstret analysert av Eivind Smith, «Er Høyesterett en konstitusjonsdomstol?», *Jussens Venner* 2017, s. 98–122 (se særlig punkt 5). DOI: <http://dx.doi.org/10.18261/issn.1504-3126-2017-02-02>.

<sup>75</sup> Sak E-14/15, *Holship*, avsnitt 116 og 120.

<sup>76</sup> Havnearbeiderdommen, avsnitt 101, (min utheving).

Administrasjonskontoret vil begrense andre aktørers tilgang til dette markedet og dermed i realiteten inneholde en form for næringsregulering.»

Havnearbeiderdommen er ordrik, men aksepterer man først balansetesten og den tilhørende kjerneinnholdslæren som korrekt tilnærming, er det foran siterte nærmest det eneste man trenger å kjenne for å forstå dommen. Resonnementene levner ingen tvil om hva utfallet må bli.

Vi kan merke oss at bruk av kjerneinnholdslæren med nødvendighet vil lede inn i en inngående («full») domstolsprøving. Mest illustrerende i så måte er kanskje følgende betraktning:

«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.»<sup>77</sup>

Fortrinnsretten i ILO-konvensjonen er uttrykk for en politisk prioritering til fordel for havnearbeiderne. Det er helt klart at denne politiske prioriteringen ikke berører, langt mindre krenker, noens menneskerettigheter. Det Høyesterett vel egentlig sier, er at dersom fortrinnsretten blir underkastet en rendyrket rettslig vurdering – av en domstol som jo ikke skal foreta rent politiske overveielser – så forsvinner også grunnlaget for å sondre mellom ulike arbeidsplasser. Det skyldes vel å merke ikke at slik prioritering er forbudt, men at dette er en type valg domstoler ikke har grunnlag for å foreta. Prioriteringsformålet fremstår med andre ord som irrelevant for den nye beslutningstakeren – domstolene – om de overtar hele vurderingen. Etter min oppfatning burde Høyesterett ikke gått inn i prioriteringen, den ligger utenfor deres domene.

I Havnearbeiderdommen finner vi ingen refleksjoner over spørsmålet om prøvingsintensitet, og flertallet utviser da heller ikke noen form tilbakeholdenhet. Legitimiteten av inngående domstolskontroll hviler imidlertid på to premisser. Det første er at det å harmonisere kolliderende rettigheter, er utpreget rettsanvendelse – og rettsanvendelse er domstolenes domene. Det andre premisset er at de kolliderende rettighetene er prinsipielt likestilte. Er rettighetene *ikke* prinsipielt likestilte, må domstolene utvise en grad av tilbakeholdenhet under prøvingen som reflekterer at en av rettighetene – i vårt tilfelle foreningsfriheten – allerede før den konkrete vurderingen veier noe tyngre. Den siste observasjonen kan gi grunnlag for å kritisere Høyesteretts tilnærming.

## **6.2 Kjerneinnholdslæren reflekterer neppe EU-domstolens tilnæringsmåte**

### **6.2.1 Et spørsmål om prøvingsintensitet**

Foran har jeg forsøkt å vise hvordan Høyesteretts balansetest både praktisk og prinsipielt synes å ta EMDs balansetest som sitt forbilde. EMD bruker denne testen der Menneskerettighetskonvensjonens bestemmelser – som på det abstrakte og prinsipielle plan utvilsomt er likestilte – kolliderer.

---

<sup>77</sup> Havnearbeiderdommen, avsnitt 118.

I EU-domstolens praksis finner vi også eksempler på en balansetest der retten til fri bevegelse kolliderer med menneskerettighetene. Vi kan imidlertid ikke ta for gitt at denne balansetesten er identisk med den vi finner i EMDs praksis. Når EU-domstolen håndterer konflikter mellom retten til fri bevegelse og menneskerettighetene, er det *ikke* snakk om kollisjon mellom prinsipielt likestilte rettigheter. Menneskerettighetene befinner seg på et trinnhøyere nivå.<sup>78</sup>

Statens anførsel i Havnearbeiderdommen – som etter min oppfatning bygger på en dekkende forståelse av EU-domstolens praksis – henviste til en annen balansetest enn den testen EMD (og Høyesterett) praktiserer:

«Dersom det foreligger en restriksjon, blir spørsmålet om denne kan rettfærdiggjøres. 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'».<sup>79</sup>

Staten hevdet altså på den ene side at det skulle skje en form for balansetest, men også, på den annen side, at domstolene *ikke* skulle foreta en full prøving (*stricto sensu*). Dette er en avveining som rommer en grad av tilbakeholdenhet som vi ikke finner i EMDs praksis, men som er mulig å spore i EU-domstolens avgjørelser.

### 6.2.2 EU-domstolens tilbakeholdenhet

Avgjørelsen i *Schmidberger* er sentral for å forstå EU-domstolens tilnæringsmåte. Samtidig har saksforholdet visse likhetstrekk med situasjonen i Havnearbeiderdommen. Tvisten gjaldt lovligheten av en demonstrasjon som sperret en viktig ferdselsvei gjennom Brennerpasset. Aksjonen nøt vern under EMK artikkel 10 og 11. Samtidig begrenset blokaden av veien varenes frie bevegelse. Om myndighetenes tillatelse til demonstrasjonen var forenlig med EU-rettens vern av fri bevegelse for varer, måtte derfor bero på en avveining mellom konkurrerende rettigheter. EU-domstolen uttalte generelt at:

«Under disse omstendigheter skal de foreliggende interesser afvejes mod hinanden med henblik på at fastslå, under hensyn til samtlige omstendigheder i det konkrete tilfælde, om der er opnået en korrekt balance mellem disse.»<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup> Standpunktet blir begrunnet nedenfor, men det bør understrekes at praksis etterlater et betydelig tolkingsrom. Stein Evju, «Fundamental Social rights vs. Fundamental Freedoms», *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2013, s. 312–323 hevder EU-domstolen har gått langt i å likestille markedsrettigheter og menneskerettigheter, en utvikling han stiller seg kritisk til.

<sup>79</sup> Havnearbeiderdommen, avsnitt 54 (min utheving).

<sup>80</sup> Sak C-112/00, *Schmidberger*, EU:C:2003:333, avsnitt 81 (min utheving).

Prinsipputtalelsen gir klare assosiasjoner til EMDs balansetest, men man skal likevel være forsiktig med å lese for mye inn i formuleringen. Primært er den nok helst ment som en overordnet og relativt abstrakt føring om at det skal skje en avveining. I sine detaljer følger subsumsjonen et mønster som reflekterer og respekterer menneskerettighetenes overordnede karakter. EU-domstolen aksepterte nemlig

«at handlinger [demonstrasjoner] af denne type som regel medfører visse ulemper for dem, der ikke selv deltager. Dette gælder navnlig vedrørende den frie bevægelighed. Ikke desto mindre er disse handlinger i princippet tilladte, når formålet med disse hovedsageligt er at formidle et vist synspunkt til offentligheden og dette sker i overensstemmelse med loven». <sup>81</sup>

I forlengelsen konstaterte domstolen at:

«Det følger heraf, at de nationale myndigheder under hensyn til det vide skøn, som de råder over på dette område, med rette vurderede, at nævnte demonstrations lovlige formål ikke kunne opnås ved foranstaltninger *med mindre indgribende virkninger for samhandelen* inden for Fællesskabet.» <sup>82</sup>

Etter min oppfatning har Wolf Sauter sammenfattet domstolens subsumsjonsteknikk på en presis måte:

«The fundamental rights of freedom of expression and the freedom of assembly were subject to balancing with the Treaty freedoms and in this case priority was assigned to the fundamental rights concerned. In effect however an LRM [least restrictive means] test was applied. As the Austrian authorities had claimed uncontradicted that all alternatives would have been more disruptive of trade on balance the Court held that LRM could not have achieved the legitimate aim of the demonstration. Paradoxically therefore it reverted to LRM testing under the head of balancing – and therefore did not apply balancing as such.» <sup>83</sup>

EU-domstolen prøver om aktiviteten nyter grunnrettighetsvern. Om så er tilfelle, vil domstolen prøve om grunnrettigheten kunne blitt realisert i samme grad, men på en måte som er *mindre inngripende* for retten til fri bevegelse. Hvis det ikke finnes mindre inngripende fremgangsmåter, vil domstolen akseptere aksjonen som rettmessig. Det vil altså ikke skje en full prøving («*stricto sensu*») hvor domstolene veier de kolliderende rettighetene mot hverandre i detalj. Tilbakeholdenheten skyldes naturligvis respekten for grunnrettighetsvernet.

Ser vi nærmere på EU-domstolens moderate prøving i *Schmidberger*, ser vi at selve innretningen av subsumsjonen reflekterer at de kolliderende rettighetene *ikke* var prinsipielt likestilte. Takis Tridimas har sagt det slik:

---

<sup>81</sup> *Schmidberger*, avsnitt 91.

<sup>82</sup> *Schmidberger*, avsnitt 93 (min utheving).

<sup>83</sup> Wolf Sauter, «Proportionality in EU law: a balancing act?» *Tilec Discussion Paper*, 25 januar 2013, s. 22.



«*Schmidberger* gives the clearest sign yet that the Court takes human rights seriously and conducts itself not as the Court of an economic union but as the Supreme Court of a constitutional order ... The ECJ attributed particular importance to the European Convention. It also paid homage to national laws. The judgment contains subtle but repeated references to the constitutional values of the Member States. By acknowledging that fundamental freedoms are conditioned by human rights and giving priority to the latter, the ECJ honoured the constitutional expectations of the Member States.»<sup>84</sup>

En subsumsjon som i hovedsak går ut på å vurdere om det finnes *mindre inngripende fremgangsmåter*, har en innebygget, systematisk prøvingsbegrensning som respekterer integriteten til menneskerettighetene og rettighetshaveren. EU-domstolen unngår dermed å måtte ta stilling om rettighetsutøvelsen alt i alt, *on the balance*, var velbegrunnet. For egen del opplever jeg denne formen for tilbakeholdenhet som viktig. Det er ikke mye igjen av grunnrettighetene om domstolene bare godkjenner aksjoner og ytringer som de selv liker. Effektivt grunnrettighetsvern forutsetter rom for rettighetsutøvelse som den enkelte dommer er personlig uenig i, kanskje også et slingringsmonn for tilfeller av rene feilvurderinger fra beslutningstakerens side,<sup>85</sup> før det er å anse som rettighetsmisbruk.<sup>86</sup>

### 6.3 Kontroll med eventuelt rettighetsmisbruk

Foran så vi at Høyesteretts flertall siterte avsnitt 81 i EU-domstolens avgjørelse i *Viking Line*:

«I denne henseende bemærkes for det første vedrørende de kollektive kampskridt, der er foretaget af FSU, at da de har til formål at beskytte arbejdspladser og arbejdsvilkårene for medlemmerne af denne fagforening, der kan blive berørt af en udflagning af Rosella, kan de for en umiddelbar betragtning med rimelighed anses for at være omfattet af formålet om beskyttelse af arbejdstagere, men denne kvalifikation kan imidlertid ikke opretholdes, hvis det godtgøres, at arbejdspladserne og arbejdsvilkårene *ikke bliver bragt i fare eller alvorligt truet*.» (Min utheving).

Innholdet i og anvendelsen av kriteriet om *fare eller alvorlig trussel* mot arbeidsvilkår og arbeidsplasser kan vanskelig forstås uten å trekke veksler på sakens faktum. Tvisten i *Viking Line* oppsto fordi et finsk fergeselskap ville flagge ut deler av sin virksomhet, en handling som er vernet av etableringsfriheten. De åtte finske arbeiderne om bord på fergen Rosella sto derfor i fare for å miste sitt arbeid. Dette ledet til en kamp på to nivåer. Det finske sjømannsforbundet – «FSU» i sitatet foran – prøvde å få på plass en avtale med rederiet om at de åtte ansatte skulle få fortsette i sine stillinger selv etter utflagging. Slik faktum ble presentert for EU-domstolen kunne ting tyde på at en slik avtale forelå – og dette var i så fall den *minst inngripende løsning* for å forene de kolliderende hensynene. Om slik avtale ikke kom på plass, forstår jeg resonnementene i dommen, og formuleringen av konklusjonen, slik

<sup>84</sup> Takis Tridimas, *The General principles of EU Law*, Second Edition, Oxford 2007, s. 339.

<sup>85</sup> Jf. tenkemåten i Rt. 2009 s. 1079, NRK, avsnitt 37.

<sup>86</sup> Av boikottlovens forarbeider, Ot.prp. nr. 70 (1947), særlig s. 8 og 15 fremgår det at retten til boikott følger av «alminnelige rettsgrunnsetninger» og at det primært er *misbruk* av denne retten som rammes.

at det finske sjømannsforbundets adgang til å aksjonere for å beskytte arbeidstakernes interesser ville være i behold.<sup>87</sup> Det sentrale er hele veien mindre inngripende-vurderingen. Wolf Sauter formulerer et tilsvarende synspunkt slik:

«...in other words: a LRM [least restrictive means] test applies here too. In a loose sense these cases [*Viking Line & Laval*] can perhaps be seen as involving a balancing exercise between collective economic rights and individual freedoms based on the TFEU but in a practical sense LRM testing determines the outcome of the exercise, *just as it would for restrictions imposed by a Member State.*»<sup>88</sup>

Sauters tolking er at EU-domstolen nærmet seg avveiningen mellom de kolliderende rettighetene med samme grad av tilbakeholdenhet som om det var et offentlig reguleringstiltak som sto til prøve. At domstolene faller tilbake på en «mindre inngripende vurdering» i alle tilfeller hvor prøvingsintensiteten bør være begrenset, vil fremme koherens. Jeg kommer tilbake til dette i punkt 7 nedenfor.

Avgjørelsen i *Viking Line* involverte også en annen spiller, det internasjonale sjømannsforbundet ITF. Det internasjonale forbundet ville gjennomføre solidaritetsaksjoner i lys av sin generelle policy mot bekvemmelighetsflagging. Om dette uttalte EU-domstolen:

«Det bemærkes imidlertid, således som det fremgår af sagsakterne, der er fremlagt for Domstolen, at inden for rammerne af sin målsætning om bekæmpelse af bekvemmelighedsflag har ITF pligt til, når den modtager anmodning herom fra et af sine medlemmer, at iværksætte en solidaritetsaktion mod den egentlige ejer af et fartøj, der er indregistreret i en anden stat end den, hvor ejeren er hjemmehørende, *uanset om sidstnævntes udøvelse af sin frie etableringsret kan have skadelige konsekvenser for arbejdspladser eller arbejdsvilkår for de ansatte.*»<sup>89</sup>

Slik jeg leser dommen, er det særlig det internasjonale forbundets solidaritetsaksjoner som ledd i å gjennomføre en generell politikk, EU-domstolens krav om fare eller alvorlig trussel har brodd mot. ITF realiserte sin vedtatte policy med de virkemidler forbundet hadde til rådighet, uansett om arbeidsplassene var truet eller ei. Det ligger utenfor hva EU retten tillater. Skal man opptre svært politisk må man benytte demokratiets mekanismer, ikke fagforeningenes kampmidler.

I Havnearbeiderdommen er det ikke holdepunkter for å hevde at fagforeningene forsøkte å misbruke sin posisjon for å tvinge gjennom et rent politisk prosjekt. I et slikt tilfelle

---

<sup>87</sup> Dette tok domstolen ikke stilling til, derfor er det i enda større grad enn ellers rom for ulike tolkinger. Det synes å være utbredt enighet om at minst inngripende-vurderingen er den sentrale testen, mens det er ulike oppfatninger om hvor intensiv domstolsprøvingen under denne testen vil være. For en mer kritisk analyse, se A.C.L Davies, «One step forward, two steps back? The *Viking* and *Laval* cases in the ECJ», *Industrial Law Journal* 2007, s. 126–148.

<sup>88</sup> Sauter, «Proportionality in EU law: a balancing act?» (2013), s. 23 med henvisning til *Viking Line*, avsnitt 91 og *Laval*, avsnitt 93 flg. (min utheving).

<sup>89</sup> *Viking Line*, avsnitt 89 (min utheving).

fremstår en begrenset prøving av om det fantes *mindre inngripende virkemidler* som korrekt tilnærming.

## 7. Den offentlige dimensjonen

### 7.1 Høyesterett burde anlagt en proporsjonalitetsvurdering

Til nå har jeg analysert Havnearbeiderdommen slik flertallet i Høyesterett la den opp, som en konflikt mellom to private, som en rettighetskonflikt. Denne måten å ramme inn konflikten på inviterer lett til en ganske intens domstolsprøving.

I punkt 2 foran gikk jeg gjennom EUs lovgivningsinitiativ på havneområdet. Lovgivningsprosessen viser at rettighetskonflikten i Havnearbeiderdommen egentlig bare er en distraksjon. Det generelle og prinsipielle spørsmålet er hvordan etableringsfrihetens økonomiske formål skal avveies mot ILO-konvensjonens sosiale formål. Dette er en avveining mellom individuelle rettigheter og offentlig politikk.

I tilfeller hvor retten til fri bevegelse må avveies mot politiske prioriteringer – allmenne hensyn – skal det skje en tradisjonell proporsjonalitetsvurdering, ikke en balansetest. En svakhet ved Havnearbeiderdommen er at Høyesterett aldri foretar en grundig analyse av det jeg i punkt 4 foran har beskrevet som hovedspørsmål 1:

*om inngrepet i etableringsfriheten er «proporsjonalt», altså om selve systemet med fortrinnsrett for fast ansatte havnearbeidere lar seg begrunne i allmenne hensyn.*

Proporsjonalitetsprinsippet leder inn i en avveiningsmodell som er utformet med hensyntaken til at jus står mot politikk. Når det gjelder den nærmere fremgangsmåten, er det vanlig å vise til EU-domstolens avgjørelse i *Gebhard*: Den nasjonale ordningen må (1) anvendes uten forskjellsbehandling; (2) være begrunnet i tvingende allmenne hensyn; (3) være egnet til å sikre realiseringen av det formålet den forfølger og; (4) ikke gå lenger enn nødvendig.<sup>90</sup>

Proporsjonalitetsprinsippet respekterer kjernen i de politiske beslutningstakernes autonomi fordi det ikke legger opp til en avveining *stricto sensu*.<sup>91</sup> I hovedregelen ligger det til den enkelte medlemsstat å definere sitt beskyttelsesnivå. I sin doktoravhandling viser Henrik Bull til avgjørelsen i *Läärä* som uttrykk for en slik betraktningssmåte.<sup>92</sup> I dommen heter det:

«Fastlæggelsen af det beskyttelsesniveau, som en medlemsstat ønsker at yde på sit område med hensyn til lotterier og andre pengespil, er omfattet af det skøn, som ifølge Domstolen tilkommer de nationale myndigheder, jf. præmis 61 i Schindlerdommen. Det tilkommer således disse at vurdere, hvorvidt det med henblik på det forfulgte mål er nødvendigt helt eller delvis at forbyde virksomhed af denne art eller blot at begrænse den og herved fastsætte mere eller mindre strenge kontrolforanstaltninger.

<sup>90</sup> Sak C-55/94, *Gebhard*, EU:C:1995:411, avsnitt 37.

<sup>91</sup> Fortsatt sentral: Jan Jans, «Proportionality Revisited», *Legal Issues of Economic Integration*, 2000 s. 239–265.

<sup>92</sup> Henrik Bull, *Det indre marked for tjenester og kapital*, Oslo 2002, s. 598.

Den omstændighed, at en medlemsstat har valgt en anden beskyttelsesordning end den, en anden medlemsstat har indført, kan under disse omstændigheder ikke i sig selv påvirke bedømmelsen af, om de bestemmelser, der er fastsat på området, er nødvendige og forholdsmæssige. Bedømmelsen af bestemmelserne skal alene foretages under hensyn til de mål, der forfølges af de nationale myndigheder i den pågældende medlemsstat, og under hensyn til det beskyttelsesniveau, som de ønsker at sikre.»<sup>93</sup>

Avgjørelsen i *Läärä* gjaldt et sensitivt område, pengespill, men Bull legger til grunn at utgangspunktet om at det tilkommer enhver stat å fastlegge sitt eget beskyttelsesnivå, må ha generell anvendelse. Han fremholder at dersom

«EF-domstolen og EFTA-domstolen skulle drive en nærgående prøving av den nasjonale vurdering av hvor tungt et visst alment hensyn bør veie i forhold til hensynet til fri bevegelse, ville det bli lite igjen av statenes frihet til å bestemme hvilke hensyn som overhodet skal prioriteres i forhold til den frie bevegelse».<sup>94</sup>

Dette utgangspunktet kan nyanseres, men vårt område inviterer ikke til dette. Både ILO-konvensjonen og lovgivningsprosessen innad i EU viser hvor politisk sensitiv fortrinnsretten er. I fortalen til den nylig vedtatte forordningen om havnetjenester heter det i avsnitt 35:

«Medlemsstatene bør fortsatt have beføjelse til at sikre et passende socialt beskyttelsesniveau for de ansatte i virksomheder, der leverer havnetjenester. Denne forordning bør ikke berøre anvendelsen af medlemsstaternes sociale og arbejdsretlige regler.»

I Havnearbejderdommen setter flertallet retningen på analysen gjennom premisset om at etableringsfriheten vil slå igjennom så fremt arbeidsplassene «ikke bliver bragt i fare eller alvorligt truet». Vi ser at denne tilnæringsmåten er helt forskjellig fra en tilnærming som anerkjenner ordningens offentlige dimensjon. Hvis medlemsstatene selv bestemmer sitt beskyttelsesnivå, kan de naturligvis gå lenger enn å etablere et basalt vern mot alvorlige trusler.

## **7.2 Mindre inngripende-vurderingen er domstolskontrollens kjerne**

Proporsjonalitetsprinsippets utforming markerer at domstolenes oppgave ikke er å overprøve valget av beskyttelsesnivå, men å kontrollere om det finnes mindre inngripende virkemidler for å realisere det valgte nivå. At mindre inngripende-vurderingen er det sentrale spørsmålet i tilfeller som vårt, er reflektert i avgjørelsen i *Kommisjonen mot Spania* som Høyesterett brukte mye plass på i Havnearbejderdommen.<sup>95</sup> Denne saken gjaldt et ganske omfattende og

<sup>93</sup> Sak C-124/97, *Läärä*, EU:C:1999:435, avsnitt 35–36.

<sup>94</sup> Bull, *Det indre marked for tjenester og kapital* (2002), s. 599.

<sup>95</sup> I samme retning, EFTA-domstolens rådgivende uttalelse, E-14/15 *Holship*, avsnitt 130.

innfløkt system av offentlige regler som skulle sikre havnearbeidernes interesser. EU-domstolen konstaterte at reglene gikk «utover det som er nødvendig for å nå målsettingene».<sup>96</sup> Domstolen begrunnet dette slik:

«Det finnes tiltak som er mindre restriktive enn dem som håndheves av Kongeriket Spania og som samtidig er egnet til å oppnå lignende resultater, samt til å sikre både kontinuiteten, regelmessigheten og kvaliteten på tjenesten godshåndtering, så vel som beskyttelsen av arbeiderne. 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.»<sup>97</sup>

På samme måte er mindre inngripende-vurderingen den mest sentrale rettslige problemstillingen i havnearbeidersaken. På tross av avgjørelsens mange irrganger, kan man faktisk være fristet til å si at dette i realiteten er sakens eneste praktiske spørsmål av betydning.

## 8. Høyesteretts to postulater

Analysen foran viser at det mest sentrale spørsmålet i havnearbeidersaken er vurderingen av om det finnes *mindre inngripende* virkemidler for å sikre havnearbeidernes sosiale rettigheter enn fortrinnsretten, i den støpning ordningen har hatt frem til i dag. Denne problemformuleringen er konsekvent blitt lagt til grunn både under EUs lovgivningsarbeid og i EU-domstolens praksis. Vurderingstemaet er korrekt innfallsvinkel til subsumsjonen hva enten vi tar rettighetskonflikten som utgangspunkt for vurderingen (punkt 6 foran), eller i stedet sakens offentlige dimensjon (punkt 7 foran).

Det er mulig, med litt godvilje, å hevde at Høyesteretts flertall faktisk var innom en vurdering av «mindre inngripende». I Havnearbeiderdommen avsnitt 123 heter det:

«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.»

---

<sup>96</sup> Sak C-576/13 *Kommisjonen mot Spania*, avsnitt 56 (siteret fra uoffisiell oversettelse fremlagt for Høyesterett, se avsnitt 97).

<sup>97</sup> *Kommisjonen mot Spania*, avsnitt 55. Flertallet i Havnearbeiderdommen kunne 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» (avsnitt 108). Mindretallets forståelse var at avgjørelsen bygger «klart på den forutsetningen at hensynet til arbeidstakerne kan begrunne restriksjoner i etableringsfriheten i havnene» (avsnitt 174). Den nye havneforordningen bygger på en tilsvarende forutsetning.

På grunn av flertallets nokså vidløftige tilnærming, og fordi flertallets begrunnelse savner en tydelig struktur, er det vanskelig å si med sikkerhet hvilket rettslig vurderingstema dette postulatet relaterer seg til. Det er plassert under overskriften i avsnitt 120: «Betydningen av ILO-konvensjon nr. 137». Det som forblir uklart, er betydningen i forhold til hva.

Mindretallet i Høyesterett anerkjente – med rette – at mindre inngripende-vurderingen var sakens kjerne.<sup>98</sup> Mindretallet gikk likevel ikke dypere inn i analysen enn det som fremgår av postulatet i avsnitt 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 forvitre.»

Forankringen for mindretallets postulat er i all hovedsak dommer Indrebergs retoriske spørsmål, besvart med betraktningen «kan jeg ikke skjønne annet enn». En slik subsumsjonsteknikk er etter mitt syn uheldig. Resonnementet peker inn i det subjektive, det knytter an til intuisjonen. Dette er et viktig første steg for en rettsanvender, men slike betraktninger hører hjemme på ens eget lønnkammer. Uten et neste steg – en objektiv begrunnelse – mister argumentasjonen sin overbevisningskraft utad. Vi andre vil jo gjerne skjønne – vi vil få ting forklart *rettslig*. Typisk for den mer retorisk-subjektive tilnærming er det også at presisjonen forsvinner, at dommeren viker for bøyggen og begynner å snakke om annet enn det som er sakens kjerne, når det hele drar seg til. «Sjøfolk», som dommer Indreberg refererer til, var jo de ansatte i Holship ikke. Gjennomgangen av EUs lovgivningsarbeid foran i artikkelen viser hvorfor det er et svært viktig poeng. Dommer Indreberg besvarer et annet og enklere spørsmål enn det som sto for Høyesterett. Den kritiske problemstillingen var om et spedisjonsselskap kan bruke egne, fast ansatte, landbaserte arbeidere til lasting og lossing.

Samlet fremstår det som utilfredsstillende at en så lang og prinsipiell dom – 217 avsnitt i alt – er underanalysert om det som er sakens kjerne. Om sakens vesentligste spørsmål – finnes det mindre inngripende tiltak? – sitter vi igjen med to postulater i hver sin retning, fra flertallet og fra et stort mindretall. Begge disse postulatene inneholder åpenbart noen utgangspunkter som kan være av verdi. Men som analysen av EUs lovgivningsarbeid i punkt 2 foran viste: Det sentrale spørsmålet er hvor langt disse utgangspunktene rekker – hva som er skjæringspunktet hvor de kryssende interessene møtes – og hvorfor. Høyesteretts to fraksjoner gjør ikke en gang et forsøk på å gi et svar.

---

<sup>98</sup> Havnearbeiderdommen, avsnitt 162 jf. avsnitt 175.

## **9 Sammenfatning og konklusjon**

### **9.1 Overkonstitusjonalisert og underanalysert**

Innvendingene mot Høyesteretts avgjørelse i Havnearbeiderdommen kan sammenfattes i tre punkter:

- Avgjørelsen er overkonstitusjonalisert
- Avgjørelsen viser ingen refleksjon rundt spørsmålet om hva som er korrekt prøvingsintensitet
- Avgjørelsen er underanalysert om det vesentligste spørsmålet – om det fantes mindre inngripende tiltak.

### **9.2 Overkonstitusjonalisert**

Avgjørelsen i Havnearbeiderdommen er overkonstitusjonalisert fordi den bærer preg av at Høyesteretts flertall hadde et sterkt ønske om å avklare spørsmålet om hvilken status internasjonale menneskerettskonvensjoner har i norsk rett. Dette har vært et uklart og omstridt spørsmål etter at Grunnloven § 92 fikk en lite heldig utforming ved revisjonen av Grunnloven i 2014. Spørsmålet er interessant og viktig. Høyesterett maktet på dette punkt å komme frem til et omforent standpunkt. Enstemmigheten bidrar samtidig til å understreke at dette spørsmålet neppe var avgjørende for løsningen av den konkrete tvisten.

På den ene side følte Høyesteretts flertall behov for å drøfte om Grunnloven § 92 måtte tolkes på en måte som ville innebære at ILO-konvensjon nr. 137 var inkorporert i norsk rett på grunnlovsnivå. På den annen side, når det gjaldt forståelsen av foreningsfriheten i Grunnloven § 101, som jo per definisjon har Grunnlovs rang, slo høyesterettsflertallet fast at det ikke var nødvendig å «ta stilling til om rett til boikott overhodet er omfattet av bestemmelsen» fordi den uansett må undergis en proporsjonalitetsbegrensning.<sup>99</sup> Dette paradokset illustrerer at den konstitusjonelle innfallsvinkelen til saken var overdreven og vidløftig. Saken reiste ikke spørsmål om forrang.

Også EØS-rettens rekkevidde er naturligvis underkastet en proporsjonalitetsbegrensning. Mindretallet uttalte: «Det er her ikke tale om motstrid, men om begrensningen i etableringsfriheten kan rettferdiggjøres.»<sup>100</sup> Dette er den riktige innfallsvinkelen til saken, både prinsipielt og praktisk. Den som tar mål av seg til å hevde noe annet, må vise at tilnæringsmåten i EUs lovgivningsarbeid på havneområdet, og i EU-domstolens praksis, er feil. Det er umulig for en norsk domstol. Det er overraskende at Høyesteretts flertall overhodet ikke nevnte EUs lovgivningsprosess. Når denne ikke ble tatt høyde for, kan man hevde at vedtakelsen av havneforordningen i 2017 skaper en ny situasjon slik at Havnearbeiderdommen allerede, i det vesentlige, er foreldet.

### **9.3 Manglende refleksjon om korrekt prøvingsintensitet**

I moderne rett er det svært vanlig at nasjonal regulering kommer i berøring med ulike former for internasjonale rettigheter – etableringsretten i vårt tilfelle. En viktig årsak til at rettighetene i internasjonal rett favner bredt, er at de skal tvinge frem en nyansert avveining mot kryssende hensyn. Dette skal fremme optimalisering, eller det vi rett og slett kan kalle

---

<sup>99</sup> Havnearbeiderdommen, avsnitt 83.

<sup>100</sup> Havnearbeiderdommen, avsnitt 175. Sammenlikn EFTA-domstolens rådgivende uttalelse E-14/15, *Holship*, avsnitt 115.

god regulering. Denne formen for rettsliggjøring innebærer at tyngdepunktet i den rettslige vurderingen blir flyttet til subsumsjonen.

Det er uproblematisk og ukontroversielt at det foreligger en restriksjon på den frie bevegelse – det er den avsluttende subsumsjonen som bestemmer alt. Av den grunn er det helt avgjørende for utfallet hvordan domstolene utlegger de rettslige strukturene som denne avveiningen skal følge. Ulike avveiningsmodeller har ulik innretning for å beskytte integriteten til andre beslutningstakere enn domstolene. Spørsmålet om prøvingsintensitet er spesielt viktig i tilfeller med et faktum som i Havnearbeiderdommen. Det er lett å lage helstøpte argumenter både for og mot havnearbeidernes fortrinnsrett. Til syvende og sist blir det avgjørende *hvem som bestemmer*.

I artikkelen har vi sett at det eksisterer forskjeller mellom balansetesten slik EMD utlegger den i tilfeller av konflikt mellom *prinsipielt likestilte rettigheter*, balansetesten slik EU-domstolen har utlagt den der retten til fri bevegelse kolliderer med menneskerettighetene, og EU-rettens proporsjonalitetsprinsipp. Analysen av de ulike avveiningsmodellene avdekket at den sentrale *rettslige* problemstillingen i saker som Havnearbeiderdommen er om de primære beslutningstakerne – myndigheter og rettighetshavere – har realisert sine formål gjennom *den minst inngripende* fremgangsmåten. En domstolskontroll som begrenser seg til å føre kontroll med dette, respekterer de egentlige beslutningstakernes integritet og er en garanti mot at domstolene overtar hele vurderingen. Det er overraskende at Havnearbeiderdommen ikke inneholder en eneste setning som reflekterer over riktig prøvingsintensitet. I mer hjemlige forhold er det jo alminnelig anerkjent at dette er den grunnleggende problemstillingen.<sup>101</sup>

#### 9.4 Underanalysert

Havnearbeiderdommen er underanalysert fordi de konstitusjonelle aspektene stjal dommernes tanker og krefter, slik at avgjørelsen sier svært lite om det sentrale *praktiske* spørsmålet i saken – mindre inngripende-vurderingen. Derfor kan vi ikke med sikkerhet si noe om avgjørelsens prejudisielle betydning for ILO-fortrinnsrettens status og fremtid. Var det avgjørende for utfallet at fortrinnsretten fremgår av tariffavtale og ikke av lov? Er boikott for inngripende som tvangsmiddel, mens fortrinnsrettens eksistens i seg er grei? Må fortrinnsretten stå tilbake for aktører som ønsker å drive «self-handling»? Var kanskje Holships aktivitet å regne som «self-handling»? Var Holships arbeidere muligens også å anse som havnearbeidere i ILO-konvensjonens forstand – var det egentlig ikke noen rettighetskonflikt overhodet? Hvis fortrinnsretten må stå tilbake for dem som ønsker å drive «self-handling», viker den også for virksomheter som ønsker å tilby laste- og lossetjenester til andre gjennom spesialiserte selskaper? Kan skipsselskaper bruke egne sjømenn til lasting og lossing? Hva med sikkerheten på havna – kan hvem som helst løpe rundt der uavhengig av kvalifikasjoner? Hvem skal stå for den sertifiseringen flertallet refererer til i dommens avsnitt 123, finnes en slik ordning, og er den forenlig med EØS-avtalen?

Ingen av disse spørsmålene gir Havnearbeiderdommen svar på. Det eneste vi med sikkerhet kan slå fast, er at Transportarbeiderforbundet, slik rettstilstanden var i desember

---

<sup>101</sup> Se for eksempel Erik Boe, «Hvem bestemmer – domstolene eller forvaltningen?», *Lov og Rett*, 2007, s. 67–88.



2016, ikke rettmessig kunne innlede en boikott mot spedisjonsselskapet Holship. Det er en konklusjon som ikke har interesse for andre enn partene i den konkrete tvisten.

### **9.5 Veien videre**

Lovgiver må komme på banen. Dette er det to grunner til. For det første har Norge ratifisert ILO-konvensjonen og har dermed forpliktet seg til å realisere denne så langt det er mulig. Den usikkerheten som nå har oppstått, krever en avklaring. For det andre er EU-forordningen om havnetjenester, vedtatt 15. februar 2017, EØS relevant. Siden forordningen bare oppstiller et rammeverk, er lovgivningsaktivitet nødvendig. I forbindelse med dette arbeidet må lovgiver vurdere omfanget av havnearbeidernes fortrinnsrett på ny. I og med at laste- og lossevirksomhet i sin helhet er holdt utenfor den nye forordningen, definerer ikke EU-lovgivningen noen løsning, men det er åpenbart at dens utforming og historikk har argumentverdi.

Av særlig betydning er det at EU-kommisjonen ved fremsettelsen av 2004-forslaget oppfordret samtlige medlemsstater til å ratifisere ILO-konvensjon nr. 137 og dermed til å slutte seg til fortrinnsretten. Forslaget fra 2004 oppstilte et konkret forslag til harmonisering mellom fortrinnsretten og etableringsfriheten, men dette viste seg politisk umulig å gjennomføre. Dette forslaget fremstår derfor som et slags ytterpunkt. Å trekke tjeneste- og etableringsfriheten lenger enn den tolkingen 2004-forslaget er uttrykk for, vil etter min oppfatning ikke være rettslig forsvarlig. Tvert imot bidrar 2017-forordningen til å understreke ILO-fortrinnsrettens gjennomslagskraft.

Den nye havneforordningen innebærer at Havnearbeiderdommen allerede er rettshistorie. Men dens rettssetninger om de nasjonale, konstitusjonelle spørsmålene vil bli drøftet i mange år fremover. Og det er jo noe.