

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



*Fotograf: Frode Lauareid*

KS Advokatene



(KS FoU prosjekt nr. 154037)

# Innholdsfortegnelse

1.	INNLEDNING .....	1
1.1.	<i>Problembeskrivelse</i> .....	1
1.2.	<i>Fremstillingen videre</i> .....	2
1.3.	<i>Summary in English</i> .....	2
1.4.	<i>Ansvarlige for rapporten</i> .....	2
2.	NÆRMERE OM HVA DET KAN INNGÅS AVTALE OM ETTER HAVNE- OG FARVANNSLOVEN.....	3
2.1.	<i>Innledning</i> .....	3
2.2.	<i>Kommunens myndighetsansvar etter havne- og farvannsloven</i> .....	3
2.3.	<i>Forvaltningsansvar etter havne- og farvannsloven</i> .....	4
2.4.	<i>Tjenesteyting</i> .....	5
3.	BETYDNINGEN AV REGELVERKET OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER.....	6
3.1.	<i>Innledning</i> .....	6
3.2.	<i>Unntaket for kontrakter om erverv og leie av fast eiendom</i> .....	7
3.3.	<i>Unntaket for tjenestekonsesjoner</i> .....	7
3.4.	<i>Om kommende rett</i> .....	10
3.5.	<i>Unntaket for egenregi</i> .....	10
3.5.1.	<i>Kort om vertikalt samarbeid</i> .....	11
3.5.2.	<i>Kort om horisontalt samarbeid</i> .....	11
3.6.	<i>Kontrakter om offentlig myndighetsutøvelse</i> .....	11
4.	BETYDNINGEN AV STØTTEREGELVERKET .....	12
4.1.	<i>Innledning</i> .....	12
4.2.	<i>Nærmere om de enkelte vilkårene</i> .....	12
4.3.	<i>Avtale om leie, bortfeste eller salg av tomteareal eller fasteiendom</i> .....	13
4.4.	<i>Nærmere om kryssubsidiering</i> .....	14
4.5.	<i>Kontrakter inngått i strid med regelverket</i> .....	15
5.	SÆRSKILT OM BINDINGER AV AREALBRUK .....	15
6.	KAN ET KOMMUNALT HAVNESELSKAP LEGGE INN ANBUD PÅ TERMINALDRIFTEN I EN ANNEN KOMMUNE? .....	16
6.1.	<i>Regelverket for offentlige anskaffelser</i> .....	16
6.2.	<i>Regelverket om offentlig støtte</i> .....	16
6.3.	<i>Reglene i havne- og farvannsloven om havnekassen</i> .....	17
7.	VED KONKURRANSEUTSETTING AV FLERE OPPGAVER I TERMINALENE, HVORDAN VIL DET PÅVIRKE DRIFTEN AV HAVNEN?.....	19
8.	HVILKEN BETYDNING KAN KONKURRANSEUTSETTING AV OPPGAVER I TERMINALEN FÅ I RELASJONEN TIL LOSSE- OG LASTEARBEIDERNE? .....	20

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

## 1. Innledning

### 1.1. Problembeskrivelse

Etter havne- og farvannsloven § 45 første ledd står kommunen fritt til å velge organisasjonsform for egne havner, herunder å etablere foretak til å forestå virksomheten i havnen. Dette med mindre noe annet følger av § 46 hvor departementet er gitt hjemmel til å stille særskilte krav til organisering av såkalte «utpekte havner». Av bestemmelsens andre ledd følger videre at både kommuner og private kan delta i foretak hvis formål er investeringer, utvikling og drift av havnen.

I dette ligger at havnen kan organiseres som egen etat, kommunalt foretak, samarbeid etter kommuneloven § 27, interkommunalt selskap etter IKS loven, som et vertskommunesamarbeid etter kommuneloven § 28 eller aksjeselskap - dog for utførelsen av oppgaver på et begrenset område. Videre at kommunen kan inngå i samarbeidskonstellasjoner mellom en eller flere kommuner og andre aktører.

Uavhengig av valg av organisasjonsform har de fleste kommuner i dag satt ut selve terminaldriften til private aktører gjennom avtaler. Spørsmålet som søkes belyst i denne rapporten er hvilket regelverk og rammebetingelser som vil gjelde for disse avtalene.

Avtaler som inngås i forbindelse med terminaldrift kan spenne vidt. Dette fra de helt enkle avtalene hvor kommunen leier ut areal til kommersielle aktører som er brukere av havnen - så som leie til utstyr og oppbevaring av leveranser - til mer sammensatte kontrakter som omfatter kjøp av tjenester og hvor kontraktøren kommer i en monopolsituasjon. Videre også avtaler hvor kommunen inngår i samarbeidskonstellasjoner mellom en eller flere andre kommuner og andre aktører.

Avtalene kan være langsiktige - så som festeavtaler - eller være av mer kortvarig karakter. Eksempelvis kan en festeavtale inngås for flere tiår, mens utleie av container kan forgå på ukesbasis.

Tradisjonelt sett har det vært lite fokus på den offentligrettslige siden av avtaler som er knyttet til terminaldrift av havn, og avtalene har vært ansett for av privatrettslig karakter. Avtalene vil imidlertid også kunne ha en side mot det offentligrettslige regelverket. Hvilket regelverk og rammebetingelser som vil gjelde vil avhenge av det nærmere innholdet i den enkelte avtale.

En forutsetning for de avtaler som inngås er selvsagt at avtalene ikke må være i strid med havne- og farvannslovens bestemmelser. Avhengig av det nærmere innholdet i avtalene vil det også kunne oppstå spørsmål knyttet til anskaffelsesregelverket og også spørsmål i forhold til støtteregelverket. Regelverket om offentlige anskaffelser har til formål å sikre effektiv utnyttelse av det offentliges midler ved at de anskaffelser som gjøres er basert på konkurranse mens regelverket om offentlig støtte har som formål å hindre konkurransevridning i markedet ved at det offentlige subsidierer private aktører enten direkte eller indirekte.

Videre vil det også kunne reises spørsmål av arbeids- og tariffrettslig karakter.

## **1.2. Fremstillingen videre**

I kapittel 2 gjennomgås hvilke rammebetingelser havne- og farvannsloven setter til innholdet i de avtaler som inngås. I kapittel 3 drøftes betydningen av regelverket om offentlige anskaffelser. I kapittel 4 det regelverket om offentlig støtte som er gjenstand for vurdering. I kapittel 5 behandles spørsmål om arealdisponering. Kapittel 6 omhandler problemstillingen om et kommunalt havneselskap kan legge inn anbud på terminaldriften i en annen kommune. I kapittel 7 tas opp utfordringen hvordan konkurranseutsetting av flere oppgaver i terminalene kan komme til å påvirke driften av havnen. Fremstillingen avsluttes med kapittel 8 og problemstillingen hvilken betydning konkurranseutsetting av oppgaver i terminalen kan få i relasjon til losse- og lastearbeiderne.

## **1.3. Summary in English**

This report deals with different issues regarding operations of public ports.

Public ports are owned by municipalities. The Municipalities are free to choose whichever organizational structure deemed suitable.

Port operations comprise business services, exercise of public authority and other public administration. The actual business operations are mostly carried out by private enterprises, based on agreements with The Authority.

The Ports are free to enter agreements with private enterprises as long as the agreements are in compliance with the rules for public procurement and state aid. Cooperation with other public entities is allowed, both horizontally and vertically, provided compliance with the same rules.

The Port, as owner and user of land, is obliged to administer the land within the aim of rational development. Planning and building law apply.

The Harbour Law, relating to harbours and fairways, has special provisions for asset management. The assets have to be used for the benefit of the port. Dividends can only be paid if necessary provisions for the future are set.

Contract monitoring is crucial to extract value from the cooperation with the ports partners.

Public ports are not parties to wage agreements that impose its parties to use registered dockworkers. Provided the public ports use its own staff, they are not committed to give priority to registered dockworkers.

## **1.4. Ansvarlige for rapporten**

Arbeidet med denne utredningen er gjort av KS Advokatene på oppdrag fra KS Bedrift havn. Det er advokatene Siri Anette Tofte og Frode Lauareid som har hatt hovedansvaret, men har også mottatt bidrag fra advokatene Kristine Vigander og Jostein Selle.

## 2. Nærmere om hva det kan inngås avtale om etter havne- og farvannsloven

### 2.1. Innledning

Havne- og farvannsloven angir noen ytre rammer for hva en avtale om terminaldrift mellom kommunen og en privat aktør kan omfatte, herunder hvilket ansvar som kommunen gjennom avtale kan overlate til kontraktøren. Videre om et eventuelt krav fra brukere av havnen eller andre tredjemenn da kan rettes mot den private kontraktøren eller må rettes mot kommunen.

Havnevirksomhet kan rubriseres i tre aktiviteter; tjenesteyting, myndighetsutøvelse og annen offentlig forvaltning jf. Havne- og farvannsloven § 4 tredje ledd.

Med «tjenesteyting» menes i første rekke operatørvirksomhet og tjenesteyting overfor fartøyer, gods eller passasjerer i havnen. Begrepet vil favne vanlig drift, vedlikehold, utbedring, utbygging, og utvikling – men også ren eiendomsforvaltning.

I begrepet myndighet ligger både myndighet til å treffe enkeltvedtak, fastsette forskrift og annen offentlig myndighetsutøvelse. Kjennetegnet ved offentlig myndighetsutøvelse er at det foreligger en rett til å bestemme over andre uten at disse har samtykket.

For så vidt gjelder begrepet «annen offentlig forvaltning» vil ligge oppgaver som offentlig planlegging og tilsyn med havn. Det nærmere innholdet vil følge av konkrete pliktregler som for eksempel § 15 om uhindret ferdsel.

Kommunens handlingsrom til å inngå avtaler med private kontraktører om utførelse av oppgaver knyttet til terminaldrift vil avhenge av hvilken aktivitet vi står overfor. Kjernen i avtaler om terminaldrift vil imidlertid være såkalt tjenesteyting som etter dagens havne- og farvannslov er basert på mer forretningsmessige prinsipper – og hvor kommunen er gitt stor handlefrihet.

### 2.2. Kommunens myndighetsansvar etter havne- og farvannsloven

Etter havne- og farvannsloven § 10 kan en kommune delegerer den *myndighet* som tilligger kommunen etter loven til interkommunalt selskap opprettet med hjemmel i kommuneloven og til interkommunale selskap etter IKS-loven. Etter bestemmelsens annet ledd er det videre åpnet for at departementet ved forskrift eller enkeltvedtak kan fastsette at kommunens myndighet kan delegeres til private rettssubjekt på et bestemt område.

I begrepet «myndighet» ligger både myndighet til å treffe enkeltvedtak, fastsette forskrifter og annen offentlig myndighetsutøvelse jf. ovenfor.

Dersom en kommune vil overlate myndighet til et privat rettssubjekt må dette følgelig enten skje ved forskrift eller enkeltvedtak truffet av departementet, og det er begrenset til myndighet innenfor et bestemt område. Sistnevnte betyr at ikke all myndighet innen havne- og farvannsloven kan overlates til et privat rettssubjekt. Videre betyr det at offentlig myndighetsutøvelse altså ikke kan *delegeres* til verken et aksjeselskap eller annen privat aktør.

Som eksempel på myndighetsutøvelse vises til fastsettelse av anløpsavgift etter havne- og farvannsloven § 25:

*«Kommunen kan i forskrift bestemme at det for fartøy som anløper havn i kommunen, skal betales anløpsavgift til kommunen. Anløpsavgiften skal bare dekke kommunens kostnader ved utøvelse av offentlig myndighet med hjemmel i denne loven med forskrift, samt kostnader til å legge til rette for sikkerhet og fremkommelighet i kommunens sjøområde, så langt slike kostnader ikke kan dekkes inn ved betaling for tjenester som ytes i havnen. 3 ledd. Departementet kan i forskrift bestemme at eiere eller operatører av havner- eller havneterminaler skal innkreve anløpsavgift på vegne av kommunen mot særskilt godtgjørelse»*

Som det fremgår skal anløpsavgiften fastsettes av kommunen etter selvkostprinsippet. Eier og operatør av havner- eller havneterminaler kan imidlertid etter forskrift fra departementet innkreve avgiften mot særskilt godtgjørelse.

### **2.3. Forvaltningsansvar etter havne- og farvannsloven**

Kommunens forvaltningsansvar etter havne- og farvannsloven vil ikke ved avtale kunne overføres til en privat kontraktør. Loven åpner ikke opp for dette.

Kommunen vil som den klare hovedregel derfor være ansvarlig overfor brukere av havnene og andre tredjemenn for at de ytelser som tilbys gjennom avtale med private aktører er i tråd med havne- og farvannslovens bestemmelser.

Flere av pliktbestemmelsene i havne- og farvannsloven vil imidlertid gjelde uavhengig av om havnene er kommunale eller private. Det vises til bestemmelsene i kapittel 6 i havne- og farvannsloven hvor loven bruker formuleringer som «eiere og operatører av havner og havneterminaler». Konsekvensen av at kommunen inngår en avtale med kontraktøren vil følgelig være at noen av lovens bestemmelser vil kunne gjelde direkte for kontraktøren. Her vises særskilt til:

- Anløpsretten etter § 39, 1 ledd om at *eiere og operatører* av havner og havneterminaler har plikt til å motta fartøy i det omfang plassforholdene tillater det og at fartøyet ikke til urimelig fortrengsel for eiernes behov for egen bruk av havnen eller andre som er sikret rett til å bruke havnen. Plikten i § 39 til å motta fartøy bygger på hensynet til fri konkurranse, allmenn og ikke-diskriminerende tilgang til viktig infrastruktur.
- Drift og vedlikeholdsplikten etter § 40. *«Eiere av havner og havneterminaler skal sørge for at havneanleggene driftes og vedlikeholdes slik at brukernes behov for havne- og transporttjenester i havnen blir dekket på en sikker og effektiv måte.»*

Der hvor den private kontraktøren gjennom avtale opptrer som operatør eller står som eier av selve havneterminalen vil brukere av havnen eller andre tredjemenn kunne gjøre krav gjeldende direkte overfor kontraktøren med hjemmel i overnevnte bestemmelser. I de tilfeller hvor bestemmelsene også pålegger et ansvar for eier av havnen, vil imidlertid krav også kunne gjøres gjeldende mot kommunen. Avtalen mellom kommunen og den private kontraktøren vil da kun regulere det underliggende forholdet mellom partene seg i mellom.



## 2.4. Tjenesteyting

Etter havne- og farvannslovens regler vil kommunen stå fritt til å inngå avtale om terminaldrift med en privat kontraktør som omfatter ren tjenesteyting eller må anses av ren privatrettslig karakter. Det vil si avtale om kjøp av tjenester eller avtale om eksempelvis utleie av tomteareal.

Av havne- og farvannsloven § 42, fjerde ledd følger det at de tjenester som ytes i havna forutsetningsvis skal dekkes ved vederlag:

*«Den som tilbyr havne- og transporttjenester fastsetter pris og andre forretningsvilkår. Departementet kan i forskrift fastsette prinsippet for prisfastsettelsen.»*

Bestemmelsen gir uttrykk for at prisingen av tjenester som ytes av kommunen og andre i havnen etter dagens lov følger ordinære markedsmekanismer og vederlagssystem. Den som forestår driften av de ulike tjenester i havnen kan i utgangspunktet selv fastsette vederlaget for tjenestene på markedsmessig grunnlag og etter alminnelige avtalerettslige prinsipper.

Som eksempel på tjenester som det kan kreves vederlag for kan nevnes kaivederlag, betaling for varer som fraktes over havnens areal, vederlag for passasjer på ferger/fartøy og vederlag for opplag av varer på kaiareal. Utgifter til å etablere og yte slike tilbud skal jf. ovenfor ikke inngå i avgiftsgrunnlaget for anløpsavgiften.

Den som tilbyr havne- og transporttjenester har hjemmel til selv å fastsette pris og andre forretningsvilkår. Der hvor kommunen inngår avtale om at den private kontraktøren skal tilbyr tjenesten, kan det følgelig avtales eller følge forutsetningsvis av avtalen at kontraktøren selv fastsetter pris og andre forretningsvilkår som vil gjelde overfor havnens brukere.

Gjennom avtalen med kommunen vil kontraktøren kunne gjøres ansvarlig overfor brukere av havnens tjenester. Brukere av havnen og andre tredjemenn vil da måtte forholde seg til kontraktøren og vil være avskåret fra å gjøre krav gjeldende overfor kommunen.

Etter havne- og farvannslovens regler kan det neppe utledes noe ansvar for kommunen overfor tredjemann for at prisingen av tjenestene er i tråd med de markedsmessige prinsippene dersom dette ved avtale er overlatt til kontraktøren å fastsette.

Lovens bestemmelse om bruk av havnekapital vil ikke gjelde for den private kontraktøren, men kun for kommunen. Det vil si at bestemmelsen om havnekapital kun vil ha relevans i forhold til hvilke tjenester som kommunen kan erlegge for havnekassens midler og for hvordan kommunen oppfyller sin del av kontrakten.

Der hvor private aktører og kommunen inngår eiersamarbeid hvor hele eller deler av havnekapitalen brukes som innskudd, må reglene i lovens kapittel 7 om havnekapital imidlertid respekteres fullt ut. Dette både i forhold til hva slike midler kan brukes til og ved at inntekter og avkastning må tilbakeføres til havnekapitalen.

### 3. Betydningen av regelverket om offentlige anskaffelser

#### 3.1. Innledning

Anskaffelsesregelverket er i hovedsak et prosedyreregulativ for det offentliges innkjøpsrutiner.

Hovedformålet med regelverket er mest mulig effektive anskaffelser for det offentlige, jf. anskaffelsesloven § 1. Effektive anskaffelser innebærer at det anskaffes varer og tjenester som dekker behovet og som har riktig kvalitet til lavest mulig pris. Ifølge formålsbestemmelsen skal regelverket også bidra til at det offentlige opptrer med stor integritet, slik at allmenheten har tillitt til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.

Hovedregelen er at alle varer, tjenester og bygg og anlegg en kommune eller et offentligrettslig organ anskaffer fra et annet selvstendig rettssubjekt, er omfattet av anskaffelsesregelverket. Dette følger av lovens § 3, jf. § 2.

Dersom anskaffelsesforskriften kommer til anvendelse fullt ut vil størrelsen på kontrakten være avgjørende for hvilke prosedyreregler som vil gjelde og om hvordan kontrakten må kunngjøres.

Avtaler som inngås i forbindelse med terminaldrift kan spenne vidt. Dette fra de helt enkle avtalene hvor kommunen leier ut areal til kommersielle aktører som er brukere av havnen - så som leie til utstyr og oppbevaring av leveranser - til mer sammensatte kontrakter som omfatter kjøp av tjenester og hvor kontraktøren kommer i en monopolsituasjon. Videre også avtaler hvor kommunen inngår i samarbeidskonstellasjoner mellom en eller flere andre kommuner og andre aktører. Jf kapittel 1.1.

Så fremt den avtalen som inngås kan anses å innebære en *anskaffelse* sett fra kommunens side så vil avtalen i henhold til hovedregelen være underlagt anskaffelsesregelverket. Som eksempel vil en avtale inngått mellom en kommune og en privat aktør- hvor den private aktøren påtar seg å drifte havneterminalen mot et vederlag- naturlig kategoriseres som en avtale om kjøp av tjenester. Dette med den følge at kontrakten i utgangspunktet ikke kan inngås uten forutgående kunngjøring og konkurranse.

Regelverket inneholder imidlertid flere unntak. Det finnes unntak i forhold til hva som er kontraktens gjenstand (innhold) og for bestemte situasjoner.

De unntak som anses som mest relevante i vår sammenhengen vil bli belyst nedenfor. Det tas imidlertid forbehold om at gjennomgangen ikke er uttømmende.

Enkelte kontrakter er etter sin art unntatt fra hele eller deler av anskaffelsesregelverket. Dette gjelder blant annet kontrakter om erverv og leie av fast eiendom, tjenestekonsesjoner og kontrakter om myndighetsutøvelse. (Se nedenfor i kapittel 3.3. om forskjellene på en tjenestekonsesjon og en tjenestekontrakt.)

Unntaket for erverv og leie av fast eiendom behandles i punkt 3.2. Unntaket for tjenestekonsesjon behandles i punkt 3.3 og unntaket for kontrakter om myndighetsutøvelse i punkt 3.4.

Dersom kontraktens gjenstand er omfattet av regelverket må det vurderes om det foreligger en spesiell situasjon som hjemler unntak fra å følge anskaffelsesregelverket. Relevant i vår sammenheng vil være unntakene for egenregi. Disse skisseres i punkt 3.4.



Unntaket for egenregi vil kunne fange opp i seg de situasjoner hvor kommunen selv alene eller i samarbeid med andre offentlige aktører ønsker å stå for terminaldriften - men hvor driftselskapet er organisert utenfor kommunen. Dette eksempelvis ved at kommunen oppretter et aksjeselskap - heleid av kommunen selv - for å drifte egen havneterminal. I disse tilfeller må ikke prosedyrereglene følges.

Dersom kontrakten både inneholder elementer som vil kunne unntas etter forskriften og elementer som er omfattet vil det måtte gjøres en vurdering av hva som er hovedformålet med kontrakten for å avgjøre om regelverket kommer til anvendelse eller ikke.

### 3.2. Unntaket for kontrakter om erverv og leie av fast eiendom

Anskaffelsesforskriften del I § 1-3(2)(b) unntar kontrakter «om erverv eller leie, uten hensyn til finansieringsform, av jord, eksisterende bygninger eller annen fast eiendom» fra anskaffelsesforskriftens anvendelsesområde. I rettspraksis er det også utviklet et unntak for kontrakter om kjøp av eiendom under oppføring. Dersom eiendommen tilbys som et "ferdighus", vil kontrakten være unntatt. Dersom kjøper har krav til utformingen av eiendommen, så vil dette være en bygge- og anleggskontrakt som må følge anskaffelsesregelverket.

Avtaler hvor *havnen leier* tomtegrunn eller bygningsmasse vil følgelig ikke være omfattet av regelverket. Det vil si at slike avtaler kan inngås direkte med markedet uten at prosedyrene som oppstilles i regelverket må følges.

Avtaler hvor *havnen står som utleier* av tomtegrunn, containere eller bygningsmasse vil på den andre siden falle helt utenfor regelverkets anvendelsesområde da dette ikke vil være å anse som en «anskaffelse» i regelverkets forstand. Denne type avtaler vil imidlertid kunne ha en side opp mot støtteregleverket, jf. kapittel 4.

### 3.3. Unntaket for tjenestekonsesjoner

Anskaffelsesforskriften får videre heller ikke anvendelse på tjenestekonsesjoner, jf. anskaffelsesforskriften del I § 1-3(2)(j).

En tjenestekonsesjonskontrakt er det samme som en tjenestekontrakt, med det unntak at vederlaget for tjenesten som skal utføres «*enten utelukkende består av retten til å utnytte tjenesten eller i en slik rett sammen med betaling*», jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 4-1 bokstav e.

Tjenestekonsesjonskontrakten kjennetegnes ved at konsesjonsinnehaveren får retten til å utnytte tjenesten. Det er retten til utnyttelsen av tjenesten som danner grunnlaget for betalingen. Mottakeren av tjenesten betaler helt eller delvis vederlag for tjenesten til konsesjonsinnehaveren. Dette motsatt av en kontrakt etter regelverket som innebærer en motytelse som betales direkte fra oppdragsgiver til leverandør.

En tjenestekonsesjonskontrakt skiller seg følgelig fra andre kontrakter ved å ikke være en sikker inntektskilde, i motsetning fra en tjenestekontrakt hvor vederlaget for tjenesten er betaling fra oppdragsgiver. Idet det ikke er samme benyttelse av fellesskapets midler som ved en ordinær offentlig anskaffelse anses det følgelig heller ikke å være samme behov for den samme detaljregulering – og dette er noe av begrunnelsen for unntaket.

Typiske tjenestekonsesjonskontrakter vil være avtale om drift av en parkeringsplass mot retten til å innkreve parkeringsavgift eller kontrakt om etablering og drift av en fergerute.

En tjenestekonsesjonskontrakt vil imidlertid også kunne foreligge der konsesjonsinnehaveren betaler det offentlige for å ha retten til å utføre den aktuelle tjenesten. Betalingen går da fra brukerne til konsesjonsinnehaveren, som betaler en viss sum videre til oppdragsgiver. Pengestrømmen går da i motsatt retning av betalingsstrømmen i en tjenestekontrakt.

Selv om tjenestekonsesjoner er unntatt fra anskaffelsesregelverket, må de imidlertid tildeles i tråd med visse grunnleggende prinsipper. Kravene til tildeling er utviklet gjennom rettspraksis og utviklingen foregår fortløpende. EU-kommisjonen har videre lenge arbeidet med å klargjøre tildelingen av konsesjoner, og har nå fremmet forslag til eget direktiv for slik tildeling. Mer om dette nedenfor. EU-domstolen har lagt til grunn at det avgjørende for om en kontrakt skal karakteriseres som en tjenestekonsesjonskontrakt, er om leverandøren har overtatt risikoen som er forbundet med driften av tjenesten, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-348/10 (Norma-A SIA) premis 43. Hva som menes med driftsrisiko er presisert i rettspraksis. Tjenesteyteren må utsette seg for den risiko som finnes på markedet, herunder risiko for konkurranse fra andre aktører, risikoen for at tilbudet ikke dekker etterspørselen, risiko for brukernes manglende betalingsevne, risikoen for at driftsutgiftene ikke fullt ut blir dekket av inntektene og risikoen for erstatningsansvar. Det vises til Klagenemnda for offentlige anskaffelser (Kofa) sak 2011/167 hvor det redegjøres nærmere for skillet mellom hva som er en tjenestekontrakt og hva som er å anse som en tjenestekonsesjonskontrakt.

Det følger videre av departementets veileder til reglene for offentlige anskaffelser at lav risiko på et område som er underlagt offentlig regulering som reduserer den offentlige risikoen, ikke utelukker bruk av tjenestekonsesjonskontrakt. Fra Nærings- og fiskeridepartementets veileder punkt 3.2.2 hitsettes:

*«Det er ikke uvanlig at enkelte sektorer, og da særlig sektorer som omfatter allmennyttige tjenester, er underlagt offentlig regulering som reduserer den økonomiske risikoen. Dette er ikke til hinder for å inngå tjenestekonsesjonskontrakter for å sikre leveransen av disse tjenestene. Minstekravet er at en vesentlig del av den driftsrisikoen som foreligger, og som oppdragsgiver løper, er overført til tjenesteyteren.»*

Som illustrasjon for hvor grensen går mellom en tjenestekonsesjon og tjenestekontrakt vises til Kofa sak 2005/304. Saken gjaldt avtale om drift av snøggåtruter hvor priser og rutetabell var fastsatt av oppdragsgiver. Mellom 20 % og 55 % av de totale kostnadene som medgikk til driften av de forskjellige rutene ville ikke bli dekket av vederlaget fra fylkeskommunen. Kofa fant at leverandøren løp en reell og ikke ubetydelig risiko for ikke å gå med overskudd på driften, og konkluderte under tvil at avtalen var å anse som en tjenestekonsesjonskontrakt.

Ut fra ovennevnte kan det følgelig være nærliggende å se for seg en kontrakt om terminaldrift som en tjenestekonsesjon. Dette avhengig av hvilken økonomisk risiko som ligger på kontraktøren.

Av forskriften følger at tjenestekonsesjonskontrakter er unntatt fra forskrift om offentlige anskaffelser, Av Kofa sak 2005/86 følger videre at heller ikke lov om offentlig anskaffelse kommer til anvendelse på tjenestekonsesjonskontrakter.

Selv om en tjenestekonsesjon faller utenfor loven og anskaffelsesforskriftens område, gjelder EØS-avtalens alminnelige prinsipper om fri bevegelse av varer, tjenester, kapital og personer, ikke-diskriminering mv., dersom tjenesten er av grenseoverskridende interesse og kan påvirke samhandelen.

EU-domstolen har utledet «prosessuelle» forpliktelser, om hva oppdragsgiver aktivt må gjøre når en tjenestekonsesjon skal inngås. Dette innebærer krav til en viss grad av utlysning for å sikre konkurranse. Videre har domstolen lagt vekt på prinsippet om gjennomsiktighet. Dette må trolig tolkes dit hen at et foretak som er lokalisert i en annen EØS/EU stat skal få tilgang til informasjon om tjenestekonsesjonen som lyses ut før den tildeles. Dette stiller visse krav til offentlighet. Av prinsippet om gjennomsiktighet må det trolig også utledes et krav om at kriteriene for hvordan oppdragsgiver vil tildele konsesjonen er kjent på forhånd.

EU-domstolen har sagt at det kan tenkes at det for kontrakter av begrenset økonomisk interesse ikke vil være en interesse fra leverandører i andre medlemsland. Virkningene for samhandelen vil da være for usikre og indirekte til at det vil utgjøre en begrensning for den frie samhandel. Tildelingen av slike små tjenestekonsesjonskontrakter vil da ikke være omfattet av kravene etter EØS-retten. Det er imidlertid usikkert hvor denne grensen går etter gjeldende rett.

Som det vil fremgå av punktet under, har EU i nytt direktiv om konsesjonskontrakter fastsatt EØS-terskelverdien til 39 millioner eks. mva. Konsesjonskontrakter over denne størrelse anses å ha økonomisk interesse over landegrensene. Vi antar at denne størrelsen vil kunne ha betydning i vurderingen av hvor grensen går.

Avgjørende for vurderingen er om drift av de konkrete aktivitetene og det økonomiske omfanget av kontrakten følgelig kan sies å ha interesse for samhandelen/være av grenseoverskridende interesse.

For å oppsummere dette kapittelet, kan vi si at når havneselskapet skal ta stilling til om noe skal utføres av havneselskapet selv eller overlates til andre, er ett av momentene havneselskapet må vurdere hvilke kontraktsregler som vil gjelde. Dersom havneselskapet vil forestå terminaldriften eller annen virksomhet selv eller ved et selskap som oppfyller vilkårene for egenregi, så er man utenfor regelverket for offentlige anskaffelser. For at det skal være egenregi, må havnen ha samme innflytelse over leverandørselskapet som havnen har over egen organisasjon. Havnen må da selv være på eiersiden i selskapet. Selskapet kan ha andre eiere, men kun offentlige. Privat deleierskap medfører at egenregi er utelukket. Mestdelen av selskapets omsetning, dvs minst 90%, må komme fra havnen.

Dersom havneselskapet vil at andre skal utføre en tjeneste, må havneselskapet avgjøre om tjenesten skal kjøpes inn som en vanlig tjenestekontrakt eller om tjenesten skal tildeles som en konsesjon.

Som hovedregel bør ikke hvilke kontraktsregler som kommer til anvendelse være avgjørende for hvordan havnen velger å hente inn tjenester. Avgjørende bør være hva som er økonomisk rasjonelt. Dette kan endres over tid.

### 3.4. Om kommende rett

Den 28. februar 2014 vedtok EU et nytt direktiv, 2014/23/EU om konsesjonskontrakter. Direktivet er i det vesentligste en kodifisering av gjeldende rett/domstolspraksis.

Norge er gjennom EØS-avtalen forpliktet til å implementere reglene i norsk rett. Det er forventet at slike regler vil tre i kraft ca. 1.7.2016. Etter denne dato må tjenestekonsesjonskontrakter på verdi fra kr. 39 millioner eks. mva. inngås i overensstemmelse med de krav direktivet/ny forskrift setter.

Konsesjonsdirektivet innfører samme system for håndhevelse som gjelder for kontrakter som er omfattet av lov og forskrift om offentlig anskaffelser.

Tjenestekonsesjonskontrakter over kr. 39 millioner eks. mva. skal kunngjøres i hele EU/TED. Konkurransene skal gjennomføres i overensstemmelse med de grunnleggende kravene og tildelingen skal begrunnes.

Det er gitt særskilte beregningsregler for hvordan konsesjonskontraktens verdi skal fastsettes. Oppdragsgiver skal beregne verdien av konsesjonskontrakter på grunnlag av leverandørens forventede samlede omsetning i kontraktens løpetid, eks. mva.

Det blir videre satt skranker for kontraktsvarigheten. Det vil ikke være tillatt å inngå tidsubegrensede konsesjonskontrakter.

Reglene for hva som er lovlige endringer i en allerede inngått kontrakt vil bli gjort gjeldende for konsesjonskontrakter på lik linje med kontrakter inngått etter anskaffelsesforskriften og forsyningsforskriften.

### 3.5. Unntaket for egenregi

Hvordan det offentlige organiserer sin virksomhet reguleres ikke av anskaffelsesregelverket. Det er det offentlige organet selv som avgjør om en oppgave bør utføres av eget personale («egen regi») eller om det bør benyttes en ekstern leverandør. Dersom en ytelse leveres i «egenregi» faller den utenfor regelverket.

Er vilkårene for såkalt vertikalt (utvidet egenregi) eller horisontalt samarbeid (offentlig – offentlig samarbeid) oppfylt, foreligger en situasjon hvor oppdragsgiver ikke trenger å følge anskaffelsesregelverket.

Et hovedhensyn bak unntakene for vertikalt og horisontalt samarbeid er at hvorvidt anskaffelsesreglene kommer til anvendelse ikke bør påvirke hvordan oppdragsgiverne organiserer sin virksomhet. Dette fremgår også av direktivets fortale. Både unntaket for vertikalt og horisontalt samarbeid er utviklet av EU-domstolen.

Ettersom unntaket for vertikalt og horisontalt samarbeid anses som et unntak fra hovedregelen om kunngjøringsplikt ved offentlige anskaffelser, skal vilkårene tolkes restriktivt. Videre følger det at bevisbyrden for at vilkårene er oppfylt, ligger på den part som påberoper seg at det foreligger et unntak.

Hvorvidt vilkårene for vertikalt eller horisontalt samarbeid er oppfylt vil måtte vurderes konkret.

### 3.5.1. Kort om vertikalt samarbeid

Unntaket for vertikalt samarbeid kommer til anvendelse der oppdragsgiver tildeler kontrakter til et annet rettssubjekt. Vilklårene for at unntaket for vertikalt samarbeid skal komme til anvendelse ble først slått fast i EU-domstolens avgjørelse i C-107/98 (*Teckal*). Domstolen slo da fast at for at unntaket skal komme til anvendelse så må:

- Oppdragsgiver må utøve en tilsvarende kontroll over leverandørorganet som over egen virksomhet (kontrollkriteriet).
- Den vesentlige delen av aktiviteten til leverandøren må være knyttet til den kontrollerende oppdragsgiver (omsetning- eller aktivitetskriteriet).

I tillegg følger det av EU-domstolens avgjørelse i C-26/03 (*Stadt Halle*) og C-324/07 (*Coditel Brabant*) at vilklårene for unntaket for vertikalt samarbeid som hovedregel ikke vil være oppfylt dersom det foreligger noe direkte privat eierskap hos leverandøren.

Unntaket vil i vår sammenheng typisk være relevant for de tilfelle hvor kommunen oppretter et heleid kommunalt aksjeselskap for å drifte egen havneterminal. Unntaksbestemmelsen vil som den klare hovedregel ikke kunne anvendes på en situasjon hvor private interesser står på eiersiden eller hvor terminalselskapet selger tjenester til andre kommuner.

### 3.5.2. Kort om horisontalt samarbeid

Unntaket for horisontalt samarbeid kommer til anvendelse der to eller flere offentlige organer samarbeider om utførelsen av oppgaver og kontrollkravet ikke er oppfylt. Tidligere har utgangspunktet vært at et slikt samarbeid måtte følge anskaffelsesregelverket. Dette endret seg ved EU-domstolens dom i den såkalte Hamburg-saken. Domstolen oppstiller følgende kumulative vilkår for bruk av unntaket for horisontalt samarbeid.

- avtalen må ha som mål å sikre gjennomføring av offentlige oppgaver som alle må utføre;
- arrangementet må kun omfatte offentlige oppdragsgivere
- ingen private leverandører blir tilgodesett i forhold til konkurrentene;
- samarbeidet må være i allmennhetens interesse

Det er kun de offentlige oppgavene som ligger til en havn man lovlig kan samarbeide med en annen kommune om. Oppgaver som ikke er offentlige, som for eksempel terminaldrift, kan derfor ikke skje som horisontalt samarbeid.

### 3.6. Kontrakter om offentlig myndighetsutøvelse

Kontrakter som kun gjelder offentlig myndighetsutøvelse anses ikke å være omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser, jf. EU-domstolens sak C-160/08. Slike kontrakter vil imidlertid kunne være omfattet av støtteregelverket.

## 4. Betydningen av støtteregeverket

### 4.1. Innledning

En havn som konkurranseutsetter terminaldriften, må se til at vilkårene i kontrakten ikke innebærer noen form for ulovlig økonomisk støtte.

Forbudet mot offentlig støtte fremgår av EØS-avtalen artikkel 61(1), og rammer tiltak som oppfyller nærmere angitte kriterier. Statsstøttereglenes formål er å sikre at en stat ikke begunstiger nasjonale foretak med subsidier eller annen støtte, slik at disse får en fordel i konkurransen med foretak i andre EU/EØS-stater. Dette innebærer ikke at det offentlige ikke kan drive forretningsmessig virksomhet, men betyr at det offentlige må påse at dette skjer på markedsmessige vilkår – altså på tilsvarende rammevilkår som en privat markedsaktør.

EØS artikkel 61 (1) sier at offentlig støtte er forbudt. For at et tiltak skal regnes som offentlig støtte, må alle de følgende kriterier være oppfylt.

- Det må innebære en form for fordel for mottakeren (fordelskriteriet);
- Det må være gitt av staten eller av statsmidler;
- Mottakeren må være å anse som et foretak (foretakskriteriet);
- Det må begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer eller tjenester (selektivitetskriteriet), og
- Det må være egnet til å vri konkurransen og påvirke samhandlingen innenfor EØS-området (konkurransesvridnings – og samhandlingskriteriet)

Forbudet er imidlertid ikke absolutt. Tiltak som oppfyller vilkårene ovenfor vil være tillatt dersom de oppfyller gitte unntaksbestemmelser, eksempelvis er såkalt bagatellmessig støtte tillatt. Dersom samtlige vilkår ovenfor er oppfylt, og ingen av unntaksbestemmelsene kommer til anvendelse, må man få ESAs forhåndsgodkjennelse for at tiltaket skal kunne iverksettes.

Hvorvidt det foreligger ulovlig støtte vil mange ganger bero på vanskelige juridiske vurderinger. Det er videre en rikholdig rettspraksis fra ESA på området som vil måtte legges til grunn for forståelsen av regelverket.

### 4.2. Nærmere om de enkelte vilkårene

Støttebegrepet skal tolkes vidt og omfatte grovt sagt alle former for økonomiske fordeler som det offentlige, herunder også kommunen, yter til mottaker. Også indirekte former for støtte vil være omfattet, så som krysssubsidiering.

Utgangspunktet for vurderingen av om det er et foretak i EØS-avtalens forstand er om enheten kan sies å drive «økonomisk virksomhet». Det er nærmest en presumpsjon for at støttemottakeren utøver slik virksomhet dersom enheten produserer varer eller tjenester som omsettes i et marked. Det er ikke noe vilkår at «foretaket» skal være skilt ut som en egen enhet. Foretaksbegrepet i EØS-avtalens forstand er følgelig altså et annet enn hva vi tradisjonelt forstår med begrepet og innebærer



at også en resultatenheter i kommunen vil være å anse for et foretak dersom det drives økonomisk virksomhet.

I selektivitetsvilkåret ligger at støtten må tilgodese et enkelt foretak, og ikke være en del av en generell ordning som er åpen for alle foretak på ikke diskriminerende og objektive vilkår.

Vilkåret om at støtten må være egnet til å vri konkurransevridende og påvirke samhandelen over landegrensen forutsetter ikke at den enkelte støttemottaker selv er involvert i eksport eller import. For at vilkåret skal være oppfylt er det tilstrekkelig at den aktuelle type vare og tjeneste handles over grensene. Både i teori og praksis er det videre lagt til grunn at det skal lite til for at vilkåret er oppfylt. Selv om det støttebeløpet er lite innebærer heller ikke dette at man kan utelukke at det påvirker samhandelen.

Såkalt «bagatellmessig støtte», det vil si støtte som ikke overstiger 200 000 EUR de siste tre årene, vil imidlertid være tillatt.

Både avtale inngått om utleie av tomteareal og kjøp av tjenester vil kunne ha en side mot regelverket om offentlig støtte.

Ved at en avtale er inngått etter forutgående konkurranse i henhold til prosedyrereglene for offentlige anskaffelser ligger en presumpsjon for at det ikke foreligger ulovlig offentlig støtte.

Avtale om leie, feste, salg av fast eiendom er imidlertid unntatt fra anskaffelsesforskriften, jf. kap og regelverket om offentlig støtte vil derfor være mer direkte relevant for disse kontraktene.

#### **4.3. Avtale om leie, bortfeste eller salg av tomteareal eller fasteiendom**

Ved salg eller utleie av offentlig eiendom vil et salg som skjer til underpris innebære at kjøper får en økonomisk fordel som kan innebære offentlig støtte. Vurderingstemaet er om kjøpe/leiesum og eiendomsverdi tilsvarer hverandre, med andre ord om salget/leie har skjedd til markedspris.

For å søke og sikre at det ikke ytes ulovlig støtte er det skissert to mulige måter et salg av offentlig eiendom kan foregå på. Det vises til veileder til regelverket om offentlig støtte pkt. 3.2. Det ene er å legge arealet ut på det åpne markedet og selge etter budrunde. Det andre er å selge til takst. Dersom det selges til takst må taksten imidlertid foreligge før salgsforhandlingene finner sted. Uavhengig av hvilken fremgangsmåte en velger så er målet å oppnå markedspris, og i prinsippet så skal prisen bli den samme uavhengig av hvilken av de to fremgangsmåtene selger velger.

Kommunen kan legge føringer for hva arealet skal brukes til og på lik linje med private stille vilkår for salget eller for bortfeste. For å oppfylle de kravene ESA stiller til budrunden så må imidlertid budrunden være uforbeholden. Det vil si at det ikke kan stilles krav til hvem som kan kjøpe eiendommen. På samme måte må eventuelle vilkår knyttet til bruk av eiendommen ikke innebære at det i realiteten kun er en potensiell kjøper i markedet.

Dersom det innhentes en ekstern vurdering av markedsverdien til eiendommen må eventuelle vilkår knyttet til eiendommen reflekteres i taksten. Dette må dog være under forutsetning av at vilkårene ikke innebærer at det kun vil være en aktuell kjøper i markedet med den følge at taksten blir

uforholdsmessig lav. Det understrekes i den forbindelse at det selvsagt ikke er noe til hinder for at kommunen også kan selge til over takst.

Både avtale inngått om utleie av tomteareal og kjøp av tjenester vil kunne ha en side mot regelverket om offentlig støtte.

Ved at en avtale er inngått etter forutgående konkurranse i henhold til prosedyrereglene for offentlige anskaffelser ligger en presumpsjon for at det ikke foreligger ulovlig offentlig støtte.

#### 4.4. Nærmere om kryssubsidiering

Havneloven har selv regler som skal hindre kryssubsidiering fra den vernede delen av virksomheten og den delen av virksomheten som driver forretningsvirksomhet.

Kostnadene kommunene har til havnedrift og til å sikre fremkommelighet og sikkerhet i kommunens sjøområde for øvrig, skal etter dagens lovgivning nå dekkes gjennom vederlag (alminnelig prising) men også anløpsavgift.

Tanken bak det nye systemet er at kostnadene primært skal søkes dekket ved at havnen tar seg betalt for tjenestene de tilbyr. Dersom vederlagene ikke dekker alle kostnadene, kan kommunen med hjemmel i lovens § 25 bestemme at fartøy som anløper havnene skal betale anløpsavgift.

Anløpsavgiften skal imidlertid kun dekke kommunens kostnader ved utøvelse av offentlig myndighet med hjemmel i havne- og farvannsloven med forskrifter, samt kostnader til å legge til rette for sikkerhet og fremkommelighet i kommunens sjøområde. Det forutsetter følgelig en nærmere kalkyle over hva som går inn i beregningsgrunnlaget for anløpsavgiften. Om dette er det gitt en egen forskrift som i § 3 fastsetter hvilke kostnader som skal dekkes av anløpsavgiften.

Det kan stilles spørsmål om havne- og farvannsloven § 25 første ledd er slik å forstå at anløpsavgift bare kan kreves dersom havnen går med forretningsmessig underskudd, jf. formuleringen «*så langt slike kostnader ikke kan dekkes inn ved betaling for tjenester som ytes i havnen.*». Kystverket har i et brev vedrørende Harstad Havn KF den 21. april 2015 uttalt følgende:

*«De farvannstiltakene som anløpsavgiften skal dekke, er fellesgoder som det (normalt) ikke er betalingsvillighet for. Dersom kommunen likevel får dekket kostnader til slike tiltak gjennom vederlag, kan ikke kostnaden også legges inn i anløpsavgiften; havnen kan ikke dobbeltfakturere for kostnader til farvannstiltak. Det er dette som etter vår mening er meningen med passusen «...så langt slike kostnader ikke kan dekkes inn ved betaling for tjenester som ytes i havnen». Havnen er altså ikke forpliktet til å benytte inntekter fra øvrig virksomhet, for eksempel næringsvirksomhet, til å finansiere farvannstiltak, men er, som næringsdrivende likestilt med andre næringsdrivende.»*

Etter § 25, andre ledd er departementet gitt hjemmel til å gi forskrifter om kommunens administrasjon av anløpsavgiften, herunder nærmere regler om hvilke kostnader slike avgifter skal kunne dekke. Departementet kan i forskrift også oppstille andre rammer for det nærmere innholdet av forskrifter som gis i medhold av første ledd.

Etter § 42, sjette ledd kan imidlertid departementet etter søknad fra en kommune gi tillatelse til at kommunen dekker kostnader og utgifter til kommunal havnedrift gjennom havneavgift i stedet for alminnelig prising av havnenes tjenester. Bestemmelsen ivaretar mindre kommunale havners behov for blant annet at vederlag sikres med sjøpant etter sjølovens bestemmelser, jf. sjølovens §§ 51 flg.

Et gjennomgående trekk ved havne- og farvannsloven i forhold til tidligere havnelov er altså at det skal skilles mellom myndighetsutøvelse og annen forvaltningsvirksomhet på den ene side og kommersiell havnedrift på den andre side. Som ledd i dette er altså avgiftssystemet sterkt nedbygget.

Ovennevnte forutsetter et regnskapsmessig skille mellom de ulike aktivitetene som må hensynstas ved inngåelse av driftskontrakter med private aktører.

#### **4.5. Kontrakter inngått i strid med regelverket**

Dersom det er inngått en kontrakt i strid med regelverket for offentlig støtte, kan mottaker av den ulovlige offentlige støtte bli pålagt å betale denne tilbake. Den økonomiske risikoen for regelverket om offentlig støtte ligger altså på mottaker.

### **5. Særskilt om bindinger av arealbruk**

Etter havne- og farvannsloven § 46, første ledd kan departementet utpeke havner som er særlig viktige for å utvikle effektiv og sikker sjøtransport av personer og gods. Ved enkeltvedtak eller i forskrift kan departementet fastsette nærmere krav til slike havner, herunder krav om organisering, samarbeid med andre havner og representasjon i havnens styrende organer.

Etter bestemmelsens andre ledd skal slike havner utarbeide en plan som ivaretar krav til arealtilgang og effektivitet som er nødvendig som operativt transportknutepunkt. Planen skal følge kravene til rullering som kommuneplan.

Kommunen som er eier av slike havner må påse at eventuelle avtaler som inngås med privat kontraktører om leie av areal eller om tjenesteyting er i tråd med planen og ikke er til hinder for en utvikling av havnen som et operativt transportknutepunkt. Dette stiller krav til ekstra påpasselighet ved inngåelse av avtaler av lengre varighet.

Også for havner som ikke er såkalte «utpekte havner» må det imidlertid sannsynligvis også kunne oppstilles et generelt krav, ut fra mer overordnede prinsipper utledet av det forvaltningsansvaret kommunen er tillagt etter havne og farvannsloven, om at de avtaler som inngås ikke er til hinder for en fornuftig drift og utvikling av havnen.

Etter som tiden går, kan det oppstå behov for å gjøre endringer i hvordan arealene disponeres. Dette vil det være anledning til innenfor de rammene som følger av den alminnelige plan- og bygningslovgivning. Hvilke konsekvenser dette har for løpende avtaler er avhengig av hva reguleringsendringen går på. Dersom kommunen har behov for å frigjøre arealer og man ikke oppnår frivillig avtale om dette, kan kommunen gjennom reguleringsplan skaffe seg ekspropriasjonsgrunnlag.

Havnen bør vurdere i hvilken utstrekning det i avtaler skal tas inn bestemmelser om hva som skal skje med avtalene i tilfelle kommunen vedtar reguleringsendringer.

## **6. Kan et kommunalt havneselskap legge inn anbud på terminaldriften i en annen kommune?**

### **6.1. Regelverket for offentlige anskaffelser**

Det er i seg selv ikke noe forbud mot at et offentlig organ gir tilbud på et anbud lagt ut av et annet offentlig organ. En kommune eller et havneselskap kan derfor legge inn anbud på terminaldriften i en annen kommune. Dette uavhengig av hvilken organisasjonsform havneselskapet har.

Dersom en kommune eller et havneselskap inngår kontrakt med en annen kommune eller et annet havneselskap om terminaldrift eller andre tjenester, må oppdragsgiver på sin side avklare om denne kontrakten må tildeles etter regelverket for offentlige anskaffelse og begge om tilbudet er i henhold til regelverket for offentlig støtte.

Vi går ikke nærmere inn på regelverket for offentlige anskaffelser her, bortsett fra å nevne at alle avtaler som inneholder en økonomisk interesse som regel vil være omfattet. Det er mulig å komme utenom dette regelverket gjennom interkommunalt samarbeid eller når vilkårene for egenregi er oppfylt. Skal reglene om egenregi være aktuelle, må som et minimum tilbyder gå inn på eiersiden hos leverandøren. Leverandøren må videre i all hovedsak begrense sine leveranser til eierne. Bare en mindre del kan leveres til andre. Dersom det leveres mer enn 10 % til utenforstående, antas det at vilkårene for egenregi ikke er oppfylt.

### **6.2. Regelverket om offentlig støtte**

Et viktig regelverk når et offentlig organ tildeles kontrakt av et annet offentlig organ er regelverket om offentlig støtte. Et grunnleggende moment i vurderingen av om støtteregelverket er aktuelt, er om kontrakten gjelder en aktivitet av allmenn økonomisk interesse eller ikke. Bare i sistnevnte tilfelle skal det vurderes om kontraktsvederlaget utgjør ulovlig støtte. Ifølge EØS-retten har den enkelte medlemsstat handlingsrom til i stor utstrekning selv å definere hva som er av allmenn økonomisk interesse (se <http://www.eftasurv.int/media/state-aid-guidelines/Part-VI---Compensation-granted-for-the-provision-of-services-of-general-economic-interest.pdf> avsnitt 46).

Noe som helt sikkert er av allmenn økonomisk interesse er utøvelse av myndighet. Kontrakter om myndighetsutøvelse vil derfor ikke være underlagt støtteregelverket.

ESA (European Surveillance Authority) har i en sak vedrørende Analysesenteret i Trondheim uttalt seg om forholdet til støtteregelverket. Analysesenteret er en del av Trondheim kommunen som juridisk subjekt. Analysesenteret er kommunens laboratorium for blant annet å analysere vann, mat, miljø og luftprøver for kommunen. I tillegg til å yte tjenester til Trondheim kommune, tok Analysesenteret også på seg analyseoppdrag for eksterne, både private og offentlige. Private konkurrenter mente dette var i strid med regelverket for offentlig støtte. Saken ble derfor bragt inn til ESA for vurdering.

ESA kom med sin vurdering 20. mars 2013 i sak 72678.

Her skriver ESA at et grunnvilkår for at reglene om offentlig støtte skal gjelde, er at den aktuelle virksomheten driver økonomisk aktivitet. Er aktiviteten knyttet til myndighetsutøvelse, er man utenfor støtteregulverket. Havnene driver også med myndighetsutøvelse, slik at dette skillet kan være relevant.

Det som ble utfordrende ved aktiviteten til Analysesenteret, var at det ble solgt tjenester til andre. Analysesenteret hadde store økonomiske fordeler av å være en del av Trondheim kommune. Budsjettmidler ble tildelt etter behov, det var ikke separat regnskap, husleien var under markedsleie, Analysesenteret benyttet seg av kommunens støttetjenester og som følge av at Analysesenteret var en del av kommunen som juridisk person var virksomheten fritatt for selskapskatt. ESA kom til at Analysesenteret måtte korrigere for alle disse forholdene for å gå klar av støtteregulverket. Det har Analysesenteret i ettertid gjort. Det er opprettet et eget aksjeselskap som håndterer eksterne engasjementer på vanlige markedsvilkår.

Det å organisere seg i et eget aksjeselskap dersom kommunen eller havneselskapet vil ha oppdrag hos andre offentlige organ, rydder av vegen mange rettslige utfordringer. Det vil likevel etter vår vurdering være mulig å gå i markedet uten å være et aksjeselskap, men det krever separate regnskaper og en prising av tilbudet som klargjør at det ikke foreligger noen form av subsidiering.

### 6.3. Reglene i havne- og farvannsloven om havnekassen

En annen utfordring kan ligge i havneloven selv. Dersom det er havneselskapet som ønsker å levere tilbud, oppstår spørsmålet om dette er en måte å forvalte havnekapitalen på som er i strid med havneloven. Reglene om dette finnes i havneloven § 48:

#### «§ 48. Forvaltning av havnekapitalen

*Havnekapitalen kan ikke nyttes til andre formål enn havnevirksomhet, herunder drift, vedlikehold, utbedring, utbygging og utvikling, samt utøvelse av offentlig myndighet etter bestemmelser i eller i medhold av loven her og tilrettelegging for sikkerhet og fremkommelighet i kommunens sjøområder. Av årsresultatet kan det foretas avsetning til fremtidig utviklingstiltak og investeringer i havnevirksomhet.*

*Departementet kan ved enkeltvedtak eller i forskrift fastsette hva havnekapitalen kan benyttes til. Departementet kan prøve lovligheten av en kommunes vedtak eller annen disposisjon over havnekapitalen. Dersom et vedtak eller annen disposisjon over havnekapitalen anses ulovlig, kan departementet iverksette forvaltningstiltak overfor kommunen.*

*Departementet kan i særlige tilfeller og på nærmere vilkår gi tillatelse til at midler som hører til havnekapitalen, blir investert i prosjekter eller virksomhet med andre formål enn de som er nevnt i første ledd. Slik investering og avkastningen av denne inngår i havnekapitalen, med mindre departementet ved vedtak fastsetter noe annet.»*

Spørsmålet som må besvares er om føringen om at havnekapitalen ikke kan «nyttes til andre formål enn havnevirksomhet» betyr at et havneselskap ikke kan engasjere seg i driftsoppgaver i en annen havn. Den alminnelige næringslovgivning er slik at et selskap kan engasjere seg i hvilken virksomhet som helst, så lenge denne virksomheten ikke er forbudt. Dette utgangspunktet gjelder også for

kommunene. En kommune kan etablere og drive hvilken som helst lovlig næringsvirksomhet. Etableringen kan skje i en annen kommune eller også i utlandet.

Dette utgangspunktet gjelder ikke for havner. I havne- og farvannsloven er det ikke slik at en havn kan engasjere seg i hvilken som helst lovlig virksomhet. En havn kan kun engasjere seg i den type virksomhet som er positivt angitt i loven. I forarbeidene er det sagt at *«[o]ppregningen av de lovlige alternativene er en oppsummering og presisering av den praksis som er knyttet til begrepet «havneformål» under gjeldende rett. Det forutsettes imidlertid en forholdsvis fleksibel forståelse av alternativene for å gi rom for at havnene skal kunne utvikle seg som moderne logistikknutepunkt og gi et attraktivt tilbud til havnebrukerne. Dette kan bl.a. tilsi at målrettede investeringer i grenseflaten mellom transportformene kan vurderes.»*

En havn må kunne engasjere seg i prosjekter i andre havner, uavhengig av geografisk plassering og eierskap, så lenge man kan begrunne engasjementet i at det vil bidra til å utvikle havnen som havn og transportknutepunkt. Dette vil også gjelde for samarbeid med havner som er i privat eierskap. I forarbeidene er det sagt at *«[b]egrepene «utbygging og utvikling» tar sikte på tiltak som går ut på å utvide og forbedre havnen som omlastingsterminal, og for utvikling av helhetlige og konkurransedyktige transport- og logistikkonsepter i eller i tilknytning til havnen. I denne sammenheng kan det være aktuelt å inngå samarbeid mellom havner, både mellom offentlige og mellom offentlige og private, og samarbeid mellom havner og andre selskaper, jf. § 47 tredje ledd.»* Dersom noen slik begrunnelse ikke kan gis, stenger første ledd for et slikt engasjement. Dette selv om engasjementet ville kunne bidra til å styrke havnen finansielt.

Det må kunne hevdes at det å stå for terminaldriften i en annen havn er med på å bygge opp kompetanse som kommer egen havn til gode.

Det finnes muligheter til å komme rundt begrensningene i § 48 første ledd. Etter tredje ledd kan departementet gi tillatelse til at en havn engasjerer seg i virksomhet som ikke dekkes av første ledd. I og med at departementet har hjemmel til å prøve lovligheten av en beslutning om hvordan havnekapitalen disponeres, kan det være en god ide å konsultere departementet om prosjekter som er diskutabile. Dersom departementet ikke gir samtykke, er dette en beslutning som havnen i tilfelle kan prøve rettslig dersom havnen er uenig i samtykkenektelsen.

En annen mulighet er å søke om fritak fra reglene om havnekapital, se § 50. I og med at denne paragrafen forutsetter at departementet som hovedregel skal stille vilkår om at kapitalen skal brukes til havneformål, så antas det at denne paragrafen som regel ikke vil være aktuell.

Dersom havneselskapet er en del av kommunen som juridisk person, må kommunen tenke gjennom om en ønsker at det er havneselskapet som skal stå som leverandør. Konsekvensen av at havneselskapet er leverandør, er at inntektene skal gå inn i havnekassen. Dersom det er et selskap utenfor havnen, eller kommunen selv som er leverandør, kan kommunen disponere inntektene fritt. Da vil heller ikke begrensningene i § 48 første ledd gjelde. Videre vil departementet ikke kunne underkjenne disposisjonen. Det vil heller ikke være krav om godkjenning fra departementet. Det at kommunen står som leverandør, eventuelt gjennom et annet selskap en havnen, er nok den beste måten å gjøre dette på.



## 7. Ved konkurranseutsetting av flere oppgaver i terminalene, hvordan vil det påvirke driften av havnen?

Det som ofte avgjør hvordan en konkurranseutsetting påvirker driften, er kvaliteten på forberedelsene til og gjennomføring av konkurranseutsettingen.

Konkurranseutsetting har vært en del av offentlig virksomhet over mange år nå. Det finnes en god del erfaringer og forskning som sier noe om hvilke forutsetninger som må være til stede for at konkurranseutsetting skal være rasjonelt for virksomheten.

Som offentlig organ forvalter man fellesskapets midler. I dette ligger en forpliktelse om at forvaltningen skal være økonomisk forsvarlig og helst skape merverdi. For å ivareta kravet til økonomisk forsvarlighet bør havnen foreta analyser som avklarer om den tenkte konkurranseutsetting er til fordel for havnen. Det er viktig å vite hva man vil oppnå med konkurranseutsettingen og hvordan man kan oppnå dette. Denne kunnskapen vil man kun få dersom man har god bestillerkompetanse. Det ligger mye forskning som viser at virksomheter som konkurranseutsetter uten å ha bestillerkompetanse, tar stor økonomisk risiko. En god kontrakt vil gi merverdi for havnen. En dårlig kontrakt kan være ruinerende.

Når et offentlig organ skal konkurranseutsette deler av virksomheten sin, melder det seg også noen arbeidsrettslige spørsmål. Mulige endringer i hvordan virksomheten drives, utløser drøftingsplikt etter avtaleverket. En konkurranseutsetting kan også medføre at reglene i arbeidsmiljøloven om virksomhetsoverdragelse blir aktuelle. Det å ikke gjennomføre drøftinger og avklare disse forholdene, kan få store konsekvenser for senere drift. Her kan havnen komme i ansvar både overfor egne ansatte, men også kontraktspartnerer.

Alle kontraktsforhold vil ha behov for kontraktsoppfølging. Uansett hvor grundig og godt en kontrakt er skrevet, vil det kunne oppstå uklarheter og ulik forståelse. Forskning viser at virksomheter som har god kompetanse på kontraktsoppfølging og som også investerer i å ha gode relasjoner til sine kontraktspartnerer og kontraktspartnerne imellom, reduserer tap når interessemotsetninger melder seg. Dersom man ikke klarer å løse interessemotsetninger, kan dette få stor negativ påvirkning på driften av havnen. I større kontraktskomplekser er det mange som har god erfaring med jevnlig møter, der man også har med eksterne uten tilknytning til noen av partene som kan fungere som mekler når interesser står mot hverandre. Dette har selvsagt en kostnad som man må vurdere om kontraktene har økonomisk verdi til å bære.

Uansett hvor gode analyser man gjør i forkant, så har man ingen sikkerhet for at konkurranseutsettingen gir den økonomiske merverdien man håpet på. Da kan spørsmålet om å hente inn igjen virksomhet oppstå. I politisk styrte organisasjoner som kommuner og havner, kan dette spørsmålet også melde seg ved skifte av politisk ledelse. Dette er noe havnen må vurdere å ta høyde for. Det er da viktig å ta stilling til i hvilken utstrekning man skal beholde kompetanse som man konkurranseutsetter. Å ha kompetanse på det man kjøper inn vil bidra til at man i større grad klarer å vurdere verdien av det man får levert.

Ved innhenting av oppgaver man har konkurranseutsatt, melder både den tariffrettslige drøftingsplikten og spørsmålene om virksomhetsoverdragelse seg igjen.

## 8. Hvilken betydning kan konkurranseutsetting av oppgaver i terminalen få i relasjonen til losse- og lastearbeiderne?

Konkurranseutsetting i seg selv vil ikke ha noe å si for relasjonen til losse- og lastearbeiderne. Avgjørende er om den virksomheten som skal ha utført losse- og lastearbeidet er forpliktet til å benytte losse- og lastearbeidere til dette arbeidet.

Spørsmålet har sin bakgrunn i ILO-konvensjon 137 om sosiale følger av nye metoder for godsbehandling i havner. Denne ble vedtatt 25. juni 1973, ratifisert av Norge 21. oktober 1974 og trådte i kraft 24. juli 1975.

Det er særlig artikkel 3 i denne konvensjonen som har interesse:

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

Konvensjonen fastsetter at registrerte havnearbeidere skal ha fortrinnsrett til å utføre havnearbeid. Rekkevidden av denne rettigheten er jevnt og trutt til prøving, både i Arbeidsretten og for de ordinære domstolene.

Konvensjoner er rettsakter som tilhører folkeretten og ikke nasjonal rett. Folkeretten regulerer forholdet mellom stater. Nasjonal rett regulerer forholdet mellom fysiske og juridiske personer innen hver enkelt stat. For at folkeretten skal kunne gjelde internt, må den folkerettslige rettsakten gjøres til intern rett ved at den skrives inn i norsk lov.

ILO-konvensjon nr. 137 er ikke gjennomført i norsk lov. Dette fordi konvensjonen selv byr på en alternativ gjennomføringsmåte, se artikkel 7:

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

I den grad det kan sies at konvensjonen er gjennomført i norsk intern rett, så følger det av to tariffavtaler; Rammeavtalen og Sør- og Nord-Norge-avtalen. Begge avtalene har NHO og LO som tariffparter. Arbeidsretten har i sak ARD-2014-355 avsnitt 57 uttalt følgende (saksøker er LO):

- «Saksøker har anført at ILO-konvensjon nr. 137 om havnearbeid taler for tolkningen. Arbeidsretten bemerker innledningsvis at Rammeavtalen ikke henviser til konvensjonen, og den er ikke gjort til tariffnorm. Arbeidsretten kan ikke se at konvensjonen taler for et bestemt tolkningsresultat. Da ratifikasjonsspørsmålet var til behandling, presiserte Norsk Arbeidsgiverforening i en høringsuttalelse at «de prinsipper som ligger til grunn for konvensjons- og rekommandasjonsteksten har partene i arbeidslivet allerede for flere år siden akseptert», jf. St.prp.nr.97 (1973-1974) side 5. Konvensjonen artikkel 2 nr. 1 bestemmer at det skal være vedkommende lands politikk å oppmuntre alle dem som berøres av dette til å*

*skaffe havnearbeiderne fast eller regelmessig sysselsetting så langt det er mulig. Arbeidsretten legger til grunn at det er enighet mellom LO og NHO om behovet for ordnede lønns- og arbeidsvilkår for losse- og lastearbeidere, men partene er uenige om hvordan dette målet kan nås. NHO har anført at fast ansettelse hos en havneoperatør for å utføre losse- og lastearbeid kan være en måte å oppfylle forpliktelsen på. I en slik situasjon kan konvensjonen ikke begrunne den presiserende tolkningen saksøker gjør gjeldende.»*

Sør- og Nord-Norge-avtalen har heller ikke noen direkte henvisning til ILO-konvensjonen.

Det er bare partene som er bundet av tariffavtalene. Verken KS eller KS Bedrift er part. Det skulle som utgangspunkt tilsi at fortrinnsretten for havnearbeidere ikke gjelder der oppdragsgiver er medlem av KS eller KS Bedrift. Det som imidlertid skjer i enkelte havner, er at LO henvender seg til virksomheter som ikke er parter i tariffavtalen med krav om inngåelse av tariffavtale. Dersom virksomheten ikke ønsker dette, benytter LO boikott som virkemiddel for å presse oppdragsgivere til å inngå tariffavtale. Ett eksempel på dette er tvisten mellom LO og spedisjonsselskapet Holship i Drammen. Denne saken kan få sin endelige avgjørelse i Høyesterett i løpet av våren 2016. Rettspraksis har tidligere vært at boikott har blitt akseptert som et lovlig virkemiddel i tilsvarende saker, men det som kan endre denne vurderingen er forholdet til konkurranselovgivningen etter EØS-avtalen. Høyesterett har anmodet EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse om forståelsen av EØS-regelverket. Per skrivende stund foreligger ikke denne uttalelsen.

Sør- og Nord-Norge-avtalen er den generelle avtalen som gjelder for samtlige tariffparter. Rammeavtalen er en spesialavtalen som gjelder for de havnene som er positivt angitt. Disse er først og fremst de store havnene i landet, se avtalen § 1.1

Begge avtalene har formuleringer vedrørende forståelsen av fortrinnsretten.

Sør- og Nord-Norge-avtalen har formulert fortrinnsretten slik, se punkt 2:

*«2. Skip i utenriks fart:*

*For fartøyer på 50 tonn dw. og derover som går fra norsk havn til utenlandsk havn eller omvendt, skal losse- og lastearbeidet ikke utføres av fartøyets mannskap. Unntatt er all lossing og lasting ved bedriftens egne anlegg hvor bedriftens egne folk anvendes til lossing eller lasting. Bestemmelsen gjelder heller ikke skip i utenriks fart som på en del av sin reise også utfører kystfart, idet den nåværende praksis opprettholdes.*

*Protokolltilførsel:*

*På forespørsel fra NTF erklærte representantene fra LTL at de ikke ville medvirke til at eventuelle losse- og lasteklausuler som inntas i tariffavtalene for ITF-tilsluttede sjømannsorganisasjoner brytes.»*

I Rammeavtalen er fortrinnsretten formulert slik, se § 2.1:

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

*Protokolltilførsel:*

*På forespørsel fra NTF erklærte representantene fra LTL at de ikke ville medvirke til at eventuelle losse- og lasteklausuler som inntas i tariffavtalene for ITF-tilsluttede sjømannsorganisasjoner brytes.»*

Det har vært ført flere saker om forståelsen av disse bestemmelsene. En viktig avgjørelse er ARD-2014-355. Saksøker var LO ved Norsk Transportarbeiderforbund. Påstanden ble endret flere ganger under saksforberedelsen. Endelig påstand var slik, se avsnitt 28:

*«1. Rammeavtalen § 2 nr. 1, annet punktum, er slik å forstå at unntaksbestemmelsen er begrenset til tilfeller der en industri- eller produksjonsbedrift fra egne anlegg anvender bedriftens egne folk til lossing og/eller lasting som har tilknytning til egen produksjon eller egen industrivirksomhet.*

*2. Rammeavtalen § 2 nr. 1, annet punktum, kommer ikke til anvendelse i tilfeller der en bedrift driver med alminnelig godsbehandling.»*

NHO, som var saksøkt, la ned påstand om frifinnelse.

Arbeidsretten uttaler seg om forståelsen av «egne anlegg» og «bedrift» i avsnitt 45:

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

Arbeidsrettens oppsummerende merknader finnes i avsnitt 62:

*«Arbeidsretten må på grunnlag av ordlyd, tariffpraksis og reelle hensyn konkludere med at det ikke kan avsies dom i samsvar med påstanden. Dette gjelder særlig når partene har lagt opp saken slik at redegjørelsen for praksis har vært generell og i liten grad dokumentert. Mens unntaksregelen på den ene siden klart omfatter bedrifter og virksomheter som er angitt i saksøkers påstand punkt 1, er det på den annen side ikke holdepunkter for den absolutte avgrensningen i påstandens punkt 2. Kriteriene som oppstilles i påstandens punkt 2 er dessuten uklare. Det er tariffpartene, og ikke Arbeidsretten, som må trekke den nærmere grensen for unntaksregelen.»*

NHO ble etter dette frifunnet.

En annen dom ble avsagt 25. august 2015. Ett av spørsmålene her var om Sør- og Nord-Norge-avtalen inneholdt en fortrinnsrett. NHO mente så ikke var tilfelle, i og med at dette ikke var klart uttrykt slik

som i Rammeavtalen. NHO ble ikke hørt med dette, se avsnitt 76. Det var også et spørsmål i saken om Sør- og Nord-Norgeavtalen skulle forstås på samme måte som Rammeavtalen, når det gjaldt rekkevidden av unntaksbestemmelsen. Her uttaler Arbeidsretten i avsnitt 85 og 86:

*«(85) Det er ikke holdepunkter for, og heller ikke anført, at unntaket for lossing og lasting ved bedriftens egne anlegg hvor bedriftens egne folk benyttes ikke skal forstås på samme måte etter Rammeavtalen og Sør- og Nord-Norgeavtalen.*

*(86) Skattøra er et område Nor Lines AS leier og har eksklusiv rådighet over. Det er ikke en del av Tromsø Havn. Lossing og lasting har ikke tilknytning til egen produksjon eller egen industrivirksomhet. Det er etter rettens syn ikke holdepunkter for å innfortolke et slikt generelt krav, og det vises i den forbindelse til Arbeidsrettens drøftelse i ARD 2014 side 355. Etter dette er det ikke tvilsomt at lossing og lasting ved Skattøra i utgangspunktet omfattes av unntaksbestemmelsen i § 1 nr. 2 annet punktum.»*

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