



UiO • **Institutt for privatrett**
Det juridiske fakultet

EØS-konkurransereglens anvendelse på tariffavtaler

«KongsbergKollokviet 2016»
17. juni 2017
Eirik Østerud



Opplegg

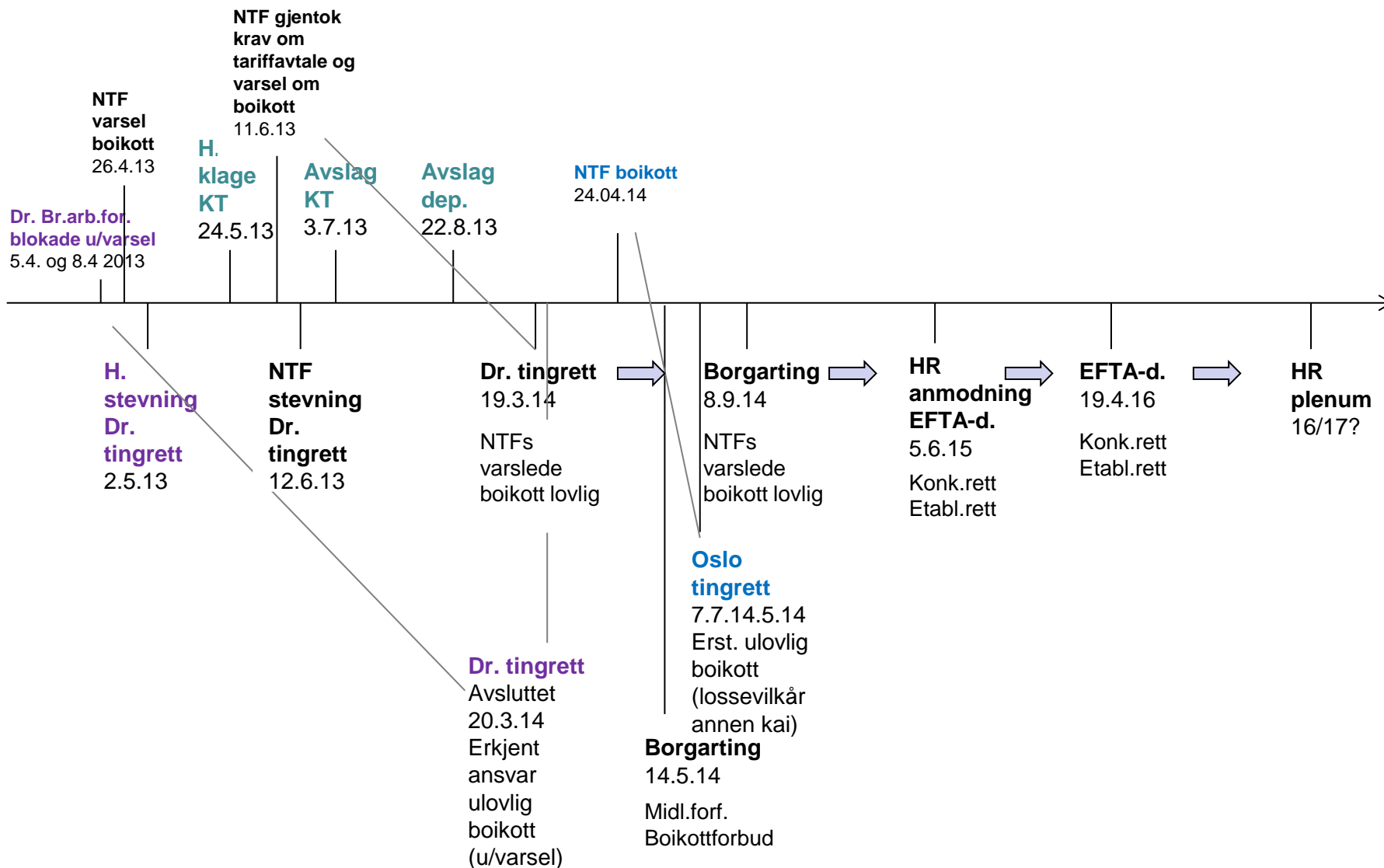
- Holship-saken – bakgrunn og oversikt
- Konkurransereglene og tariffavtaler
- «Unntaket» for arbeids- og ansettelsesvilkår
- Sak E-14/15, Holship Norge mot NTF - konkurransedelen

Holship-saken

Rammeavtalen

- Rammeavtale om fastlønnssystem for losse- og lastearbeidere (2014-2016) mellom NHO / NHO Logistikk og transport og LO / Norsk Transportarbeiderforbund
 - § 2.1 (Fortrinnsrett)
 - 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.
 - § 3.2 (Administrasjonsorgan)
 - Det etableres et administrasjonsorgan i de enkelte havner med et styre bestående av 2 representanter fra arbeiderne og 3 representanter fra arbeidsgiverne. (...) Styret foretar ansettelse og oppsigelse av losse- og lastearbeidere og ansatte ved organets administrasjon.

Holship-saken - historikk



Holship-saken

HR & EFTA-domstolen

- HRs anmodning
 - Konkurranserett
 - A.1 Unntaket fra konkurransereglene
 - A.2 Artikkel 53 eller artikkel 54 EØS?
 - A.3 Samhandelspåvirkning
 - Etableringsrett
- Sak E-14/15, Holship mot NTF
- HR plenum

Materiell konkurranserett

	ATFERDSREGLER MOT FORETAK		STRUKTURKONTROLL MED FORETAK	STATLIG ANSVAR
	Konkurrans- begrensende samarbeid	Misbruk av dominerende stilling	Kontroll med foretakssammenslutninger	EU/EØS statenes ansvar for tiltak som tilrettelegger for overtredelser av forbudene
Krrl.	§ 10	§ 11	Krrl. kap 4	----
EØS	EØS art. 53	EØS art. 54	EØS art. 57 + fusjonsforordningen	State Action EØS art. 59
TEUV	TEUV art. 101	TEUV art. 102	Fusjonsforordningen (Rfo. 139/2004)	State Action EØS art. 106

Krrl. § 10/EØS art. 53

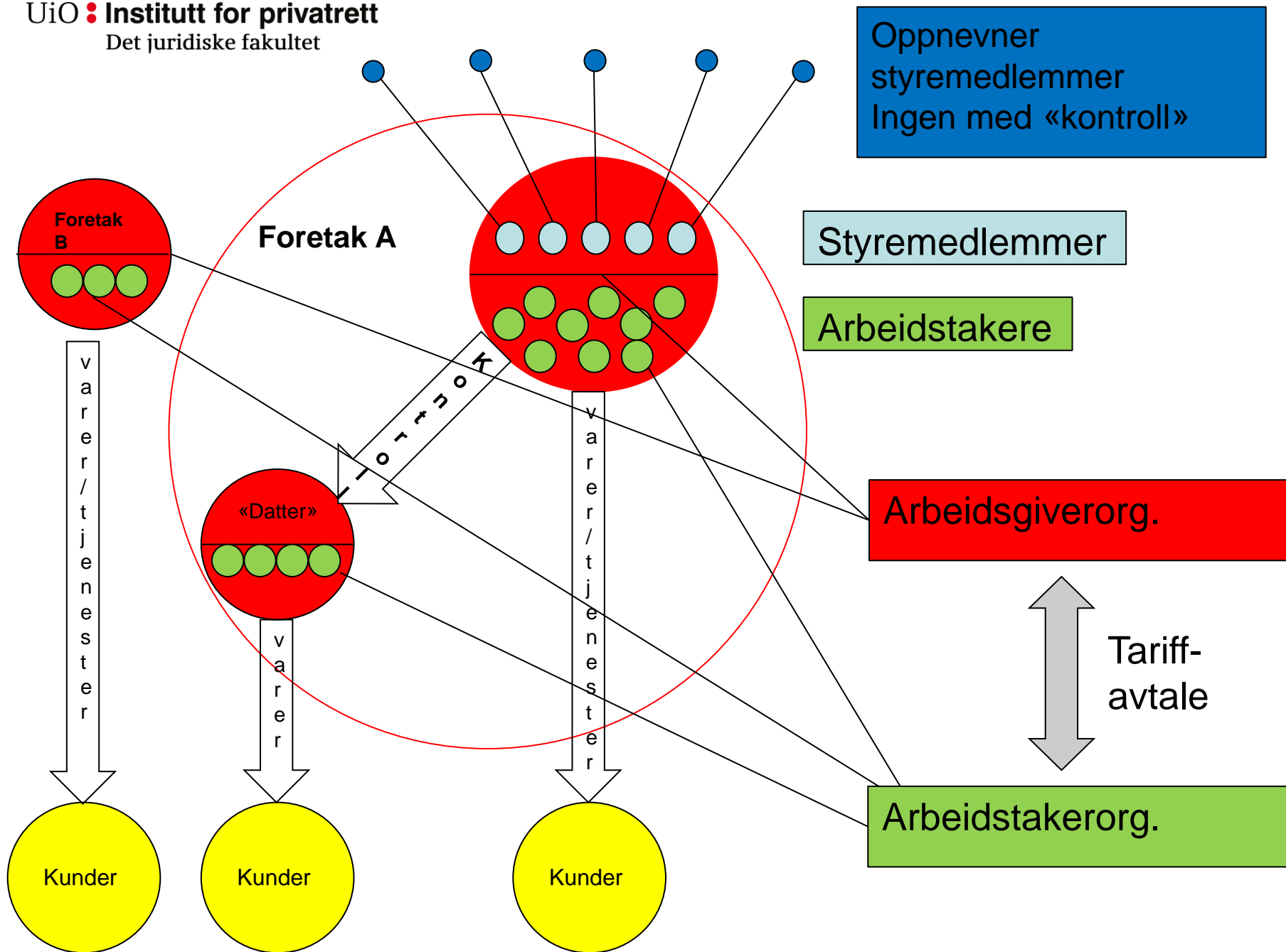
Presentasjon

- Første ledd
 - *«Enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som kan påvirke handelen mellom avtalepartene, og som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen innen det territorium som er omfattet av denne avtale, skal være uforenlige med denne avtales funksjon og forbudt»*
- Tredje ledd
 - *Positive virkninger*
 - *Proporsjonalitet*
 - *Ikke eliminering av konkurranse*

Krrl. § 10/EØS art. 53

Inngangsvilkår – koordinering mellom selvstendige foretak

- «Foretak»: Krrl. § 2 / EU/EØS
- Funksjonelt og relativt - uavhengig av rettslig status
- Økonomisk virksomhet - tilbud av varer/tjenester (ikke arbeidskraft)
 - *«it is the activity consisting in offering goods and services on a given market that is the characteristic feature of an economic activity.»* (C-205/03, FENIN)
- Økonomisk enhet - konkurranserettslig «gruppebetraktning»
 - *«[i]n competition law, the term ‘undertaking’ must be understood as designating an economic unit (...) even if in law that economic unit consists of several persons, natural or legal.»* (170/83, Hydrotherm)
 - *«aimed at economic units which consist of a unitary organization of personal, tangible and intangible elements»* (T-11/89, Shell)
 - *«Since they are, for the duration of that relationship, incorporated into the undertakings concerned and thus form an economic unit with each of them, dockers do not therefore in themselves constitute ‘undertakings’ within the meaning of Community competition law.»* (C-22/98, Becu)
- Sammenslutning av foretak
 - *«the wording of Article [101] does not exclude agreements between associations of undertakings and undertakings from the scope of the prohibitions which it lays down.»* (T-25/95 etc., Cimenteries)



Krrl. § 10/EØS art. 53

Den videre analysen

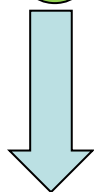
- Første ledd: konkurranseskadelig formål/virkning
 - «Formål» = alvorlige, åpenbare konkurransebegrensninger, skjult kartell mm
 - «Virkning» = konkret *inter partes* / *tredjepart* + markedsrett
 - Merkbart
 - Tilknyttede, nødvendige begrensninger
 - Inkl. «public interest ancillarity» (C-309/99, Wouters)
- Tredje ledd: unntak
 - Avveining positive og negative virkninger
 - Inkl. videre EU/EØS “public interest” formål
 - Nødvendighet/proporsjonalitet
 - Proporsjonalitet
 - Avtalen må ikke gi foretakene mulighet til å utelukke konkurranse for en vesentlig del av de varer/tjenester det gjelder

Krrl. § 10/EØS art. 53

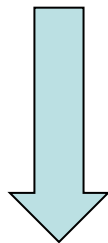
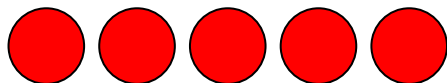
Tariffavtaler og den videre analysen

- Konkurranseregulering (reduert lønnsk konkurranse mv.) mellom arbeidstakere (ikke foretak) reguleres ikke
- Innebærer tariffavtalen et samarbeid mellom foretak (arbeidsgivere) som begrenser konkurransen mellom «foretak»?
 - Formål/virkning/merkbarhet
 - Ancillary restraints
 - Unntak: 3. ledd
- Eksempler- «skadeteorier»
 - Tariffavtalen som «innkjøpssamarbeid» mellom foretakene
 - Tariffavtalen utvelger tjenesteleverandørforetak til arbeidstakere (eks. pensjon/forsikring)
 - Tariffavtalen regulerer foretaks markedstilgang/markedsatferd

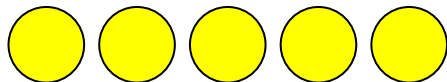
Ikke foretak/arbeidstakere



Foretak/arbeidsgivere



Kunder (foretak/konsumenter)

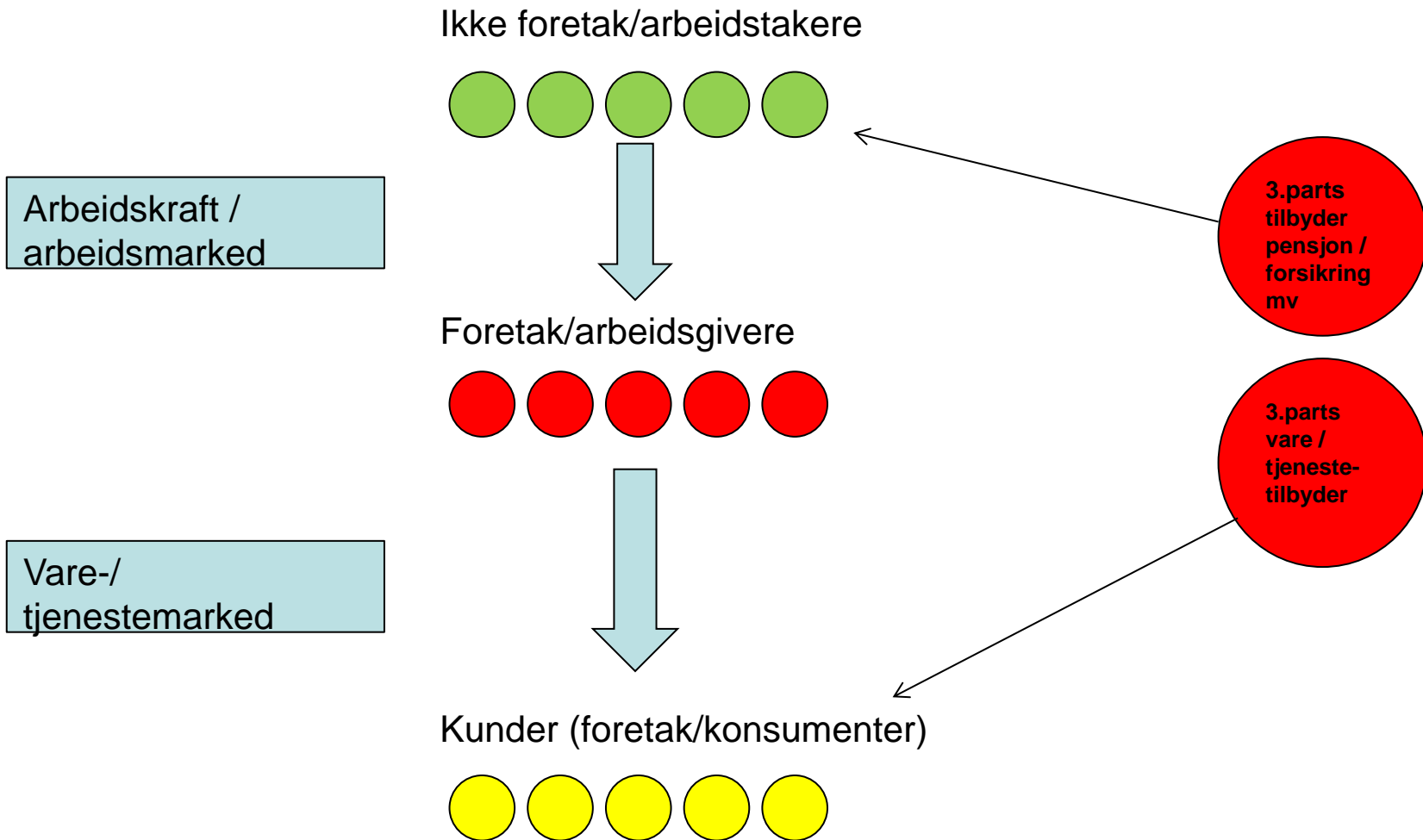


3.parts
tilbyder
pensjon /
forsikring
mv

3.parts
vare /
tjeneste-
tilbyder

Arbeidskraft /
arbeidsmarked

Vare-/
tjenestemarked



EØS art. 54 og tariffavtaler

- **Oversikt**
 - «Et eller flere foretaks utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling innen det territorium som er omfattet av denne avtale, eller i en vesentlig del av det, skal være forbudt og uforenlig med denne avtales funksjon i den utstrekning den kan påvirke handelen mellom avtalepartene»
- **Foretak**
 - Arbeidsgiverforetak/3.partsforetak
 - Ikke arbeidstaker/arbeidstakerforening
- **Dominans**
 - Arbeidsgiverforetak part i tariffavtalen dominerende på et berørt vare/tjenestemarked?
 - 3.parts foretak oppnår en dominerende stilling som følge av tariffavtalen?
- **Misbruk**
 - «A finding that an undertaking has a dominant position is not in itself a recrimination» (322/81, Michelin)
 - Ekskluderende
 - Utnyttende (høy terskel)
 - Diskriminerende (neppe selvstendig misbruk)

Oppsummering EØS art. 53 og 54

- Konkurransereglene forbyr foretakenes konkurransebegrensende handlinger på vare-/tjenestemarkedene
- Tariffavtalers konkurransebegrensende virkninger på arbeidsmarkedet rammes ikke
- Tariffavtaler som regulerer foretakenes markedsatferd og derved konkurransen på vare-/tjenestemarkedene kan undertiden være forbudt

«Unntaket for tariffavtaler»

Oversikt

- Krrl. § 3: «Loven gjelder ikke for arbeids- og ansettelsesvilkår.»
 - Ot.prp. Nr. 6 (2003-2004)
 - «Bestemmelsen er i praksis unødvendig. Paragrafene 10 og 11 må uansett anvendes i overensstemmelse med praksis for vurdering av bestemmelser i kollektive arbeidsavtaler i EU/EØS.»
- Albany (C-67/96) – to elementer:
 - *“It therefore follows from an interpretation of the provisions of the Treaty as a whole (...) that agreements concluded in the context of collective negotiations between management and labour in pursuit of such objectives must, by virtue of their nature and purpose, be regarded as falling outside the scope of Article [101/53].”*

«Unntaket for tariffavtaler»

Praksis

- EU-domstolen
 - Albany (C-67/96) (tilslutning til pensjonsfond)
 - Brentjens (C-115/97) (tilslutning til pensjonsfond)
 - Drijvende Bokken (C-219/97) (tilslutning til pensjonsfond)
 - Pavlov (C-180/98) (pensjon, selvst. næringsdrivende)
 - van der Woude (C-222/98) (helseforsikring)
 - AG2R (C-437/09) (sykeforsikring)
 - FNV Kunsten Media (C-413/13) (minstelønn, selvst. næringsdrivende)
- EFTA-domstolen
 - LO v KF (KLP) (E-8/00) (pensjon)
- HR
 - Sola Havn (Rt. 1997 s. 334)

«Unntaket for tariffavtaler»

Rekkevidde

- Albany (C-67/96)
 - *“as far as its purpose is concerned, that agreement establishes, in a given sector, a supplementary pension scheme managed by a pension fund to which affiliation may be made compulsory. Such a scheme seeks generally to guarantee a certain level of pension for all workers in that sector and therefore contributes directly to improving one of their working conditions, namely their remuneration.”*
- Typetilfeller
 - Regulering av *arbeidstakeres* lønn, pensjon, arbeidstid, sikkerhet, ferie, arbeidsmiljø, videreutdanning mv.
 - Regulering av *tjenesteleverandør til arbeidstakere* (eks. pensjon/forsikring) redusert konkurranse mellom f. eks. tjenesteleverandørforetak
 - Reguleringer av *foretaks* markedsatferd (eks. foretaks/arbeidsgiveres utsalgspriser på varer/tjenester, markedstilgang/markedsdeling, kvantum varer/tjenester m.v.)
- Har «unntaket» selvstendig betydning?

Sak E-14/15, Holship mot NTF

Vedr. sp.mål A.1 – «unntaket»

- *«Arbeidsmarkedet er fundamentalt forskjellig fra vare-, tjeneste- og kapitalmarkedet.» (premiss 39)*
- *«Det er utvilsomt at tariffavtaler mellom arbeidsgiver- og arbeidstakerorganisasjoner har visse innebygde konkurransebegrensende egenskaper.» (premiss 40)*
- *«for langt om alle tariffavtaler skulle skjermes fra konkurranselovgivningen» (premiss 41)*
- **Vilkår nr. 1**
 - *«avtalen må være inngått etter kollektive forhandlinger mellom arbeidsgivere og arbeidstakere, er oppfylt» (premiss 43)*
- **Vilkår nr. 2**
 - *«begrepet arbeids- og ansettelsesvilkår må fortolkes vidt (...). Dette vilkår er knyttet til sentrale elementer i tariffavtaler, så som lønn, arbeidstid og andre arbeidsvilkår. Ytterligere elementer kan blant annet gjelde sikkerhet, arbeidsmiljø, ferie, opplæring og etter- og videreutdanning samt medvirkning og medbestemmelse mellom partene i arbeidslivet.» (premiss 44)*

Sak E-14/15, Holship mot NTF

Vedr. sp.mål A.1 – «unntaket»

- *Rammeavtalen innebærer «at havnebrukere som er bundet av Rammeavtalen, må benytte havnearbeidere ansatt ved Administrasjonskontoret til å losse eller laste gods fra eller til deres skip, med mindre Administrasjonskontoret finner ikke å ha kapasitet» (premiss 48)*
- *Virkningen «synes derfor ikke begrenset til å fastsette eller å forbedre arbeidsvilkår for arbeidstakere ved Administrasjonskontoret, og går lenger enn kollektive forhandlingers hovedformål og kjerneelementer og deres innebygde virkning på konkurransen» (premiss 50)*
- *«unntaket fra EØS-avtalens konkurranseregler som gjelder for tariffavtaler, ikke omfatter vurderingen av en regel om fortrinnsrett ved tildeling, som den denne sak gjelder, eller en boikott mot en havnebruker for å oppnå tilslutning til en tariffavtale, når tilslutningen innebærer at havnebrukeren fortrinnsvis må kjøpe losse- og lastetjenester fra et eget foretak, som Administrasjonskontoret, fremfor å benytte sine egne ansatte til det samme arbeid.» (premiss 53)*

Sak E-14/15, Holship mot NTF

Vedr. A.2 - art. 53 eller 54?

- «Foretak»
 - «Losse- og lastetjenestene som Administrasjonskontoret tilbyr og yter, utgjør en økonomisk virksomhet, da dette innebærer å tilby en tjeneste på et marked.» (premiss 71)
 - «Følgelig vil en enhet som Administrasjonskontoret utgjøre et foretak etter EØS-avtalen artiklene 53 og 54, forutsatt at vilkårene EFTA-domstolen har fastsatt over, er oppfylt. Det tilkommer den anmodende domstol å vurdere om dette er tilfelle i den foreliggende sak.» (premiss 72)
- EFTA-domstolen knytter i første rekke anvendelsen av konkurransereglene til Administrasjonskontorets atferd

Sak E-14/15, Holship mot NTF

Vedr. A.2 - art. 53?

- «Når det gjelder anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 53 på systemet i den foreliggende sak, må den anmodende domstol vurdere om de 13 administrasjonskontorer er avtaleparter eller om det foreligger noen samordnet opptreden mellom dem.» (premiss 98)
- «Opplysningene EFTA-domstolen har er ikke tilstrekkelige til at den kan gi veiledning» (premiss 99)
- Men hvorfor vurdere Administrasjonskontorets atferd?
 - Administrasjonskontoret ikke part i tariffavtalen?
 - Koordinering mellom administrasjonskontorene innebærer vel ikke at tariffavtalen er i strid med konkurransereglene eller at boikott er rettsstridig?
- EFTA-domstolen nevner ikke
 - Tariffavtalen koordinering mellom to eller flere foretak/sammenslutning av foretak på arbeidsgiversiden?
 - Se imidl. premiss 84 (ifm Administrasjonskontoret og dominans etter art. 54): «Det følger av opplysningene EFTA-domstolen har at flertallet av foretakene som driver virksomhet i Drammen havn er medlemmer av NHO, og er omfattet av Rammeavtalen.»
 - Konkurranseskadelig formål/virkning?
 - Ancillary restraints
 - Unntak 3. ledd

Sak E-14/15, Holship mot NTF

Vedr. A.2 - art. 54?

- Dominans – relatert til Administrasjonskontorets markedsposisjon
 - Konkret vurdering overlatt til anmodende domstol
- NB!! «A finding that an undertaking has a dominant position is not in itself a recrimination» (322/81, Michelin)
- Misbruk
 - «For det første, der et foretak som har en dominerende stilling pålegger sine kunder å dekke alle eller de fleste av sine behov hos dette foretak, vil dette utnytte sin dominerende stilling på en utilbørlig måte (...). Som EFTA-domstolen la til grunn ovenfor, synes boikotten og Rammeavtalen, som boikotten søker å oppnå tilslutning til, uløselig knyttet til hverandre.» (premiss 90)
- Misbruksvurderingen relatert til hvilket «foretaks» atferd?
 - Administrasjonskontoret ikke part i Rammeavtalen?
 - Boikotten varslet av NTF? Som vel ikke er et «foretak»?
 - NTF og Administrasjonskontoret er vel ikke samme «foretak»?

Sak E-14/15, Holship mot NTF

Vedr. A.2 - art. 54?

- Viser EFTA-domstolen til premiss 49?
 - «Det følger videre av anmodningen at boikotten søker å ivareta denne virkning av systemet ved å tvinge Holship til å overholde vilkårene i Rammeavtalen. Som regel benytter en **fagforening** arbeidskamp bare for å fremme sine medlemmers interesser. Ved Rammeavtalen ble **Administrasjonskontoret** opprettet ved Drammen havn. NTF er part i denne avtale. Det følger av anmodningen at **NTF deltar i ledelsen av Administrasjonskontoret**. Det er i NTFs og Administrasjonskontorets **felles interesse** å bevare Administrasjonskontorets markedsposisjon. Denne kombinasjon av forretningsmessig mål og NTFs kjerneoppgave som fagforening blir mulig når en fagforening deltar i ledelsen av et foretak, slik som det viser seg i dette tilfelle. **I denne situasjon opptrer NTF som støtte for Administrasjonskontoret. Boikotten må derfor også tilordnes Administrasjonskontoret, selv om det var NTF som varslet boikotten.**»

Sak E-14/15, Holship mot NTF

Vedr. A.2 - art. 54?

- Viser EFTA-domstolen til premiss 73?
 - «For ordens skyld minner EFTA-domstolen om at **en fagforening vanligvis ikke betraktes som et foretak når den opptrer som representant for sine medlemmer** og utelukkende er et utøvende organ for en avtale mellom dens medlemmer (...). Imidlertid vil en fagforening betraktes som et foretak når det gjelder virksomhet der den opptrer på egne vegne, til en viss grad uavhengig av medlemmenes vilje, og ikke bare tjener som et utøvende organ for en avtale mellom medlemmene (jf. uttalelse fra generaladvokat Jacobs i *Albany*, C-67/96, EU:C:1999:28 (avsnitt 222 og 224)). Når det gjelder fagforeningsvirksomhet, må man derfor ha en **totrinnstilnærming. Man må først spørre om en viss virksomhet må tilskrives fagforeningen som sådan, og hvis dette er tilfelle, dernest, om denne virksomhet er av økonomisk art.**»
- Men hva sier egentlig AG Jacobs egentlig i Albany?
 - “There are certainly circumstances where activities of trade unions fulfil both conditions. Some trade unions may for example run in their own right supermarkets, savings banks, travel agencies or other businesses. When they are acting in that capacity the competition rules apply.” (avsnitt 226)

Sak E-14/15, Holship mot NTF

Vedr. A.2 - art. 54?

- NB!! «A finding that an undertaking has a dominant position is not in itself a recrimination» (322/81, Michelin)
- Uforholdsmessige priser og svekket innovasjon
 - «Derneft utgjør det utilbørlig utnyttelse å kreve uforholdsmessige priser eller innrømme visse forbrukere prisreduksjoner og dekke inn disse reduksjoner ved å øke avgiftene for andre (jf. EU-domstolen i *Merci*, som omtalt over (avsnitt 19 og 20)).» (premiss 91)
 - «Når det gjelder å kreve uforholdsmessige priser, følger det av opplysningene EFTA-domstolen har, at dersom Holship sluttet seg til Rammeavtalen, ville foretaket måtte betale satsene fastsatt av Administrasjonskontoret for å benytte dets havnearbeidere i Drammen havn.» (premiss 92)
 - «For det tredje kan fortrinnsrettsbestemmelsen redusere Administrasjonskontorets tilskyndelse til å ta i bruk moderne teknologi. Dersom dette er tilfelle, ville det kunne innebære høyere kostnader for losse- og lastetjenester i Drammen havn.» (premiss 93)

Takk for oppmerksomheten!