NOU 2018: 4
Sjøveien videre
Forslag til ny havne- og farvannslov

10.7.3 Utvalgets vurderinger

Ikrafttredelsen av gjeldende lov innebar at man avviklet tidligere ordning med forskriftsregulerte havneavgifter som skulle dekke spesifiserte kostnader i kommunale havner og gikk over til at kommunale havner krever betaling for bruk av infrastruktur og tjenester på linje med private aktører, med grunnlag i kommunens private autonomi. I forarbeidene til gjeldende lov (Ot.prp. nr. 75 (2007 – 2008)) er det på side 101 flg. fremhevet at avvikling av havneavgiftene til fordel for alminnelig prising «vil gi en betydelig forenkling av reguleringen på området, og vil medføre avvikling av et komplisert forskriftsverk». Det ble videre fremholdt at deregulering vil kunne skjerpe konkurranse mellom havner og gjøre det mulig for havner å ta hensyn til priskonkurranse fra vei- og banetransporten.

Som nevnt ovenfor er det per i dag ikke gitt forskrift med hjemmel i gjeldende lov § 42 fjerde ledd andre punktum om «prinsipper for prisfastsettelsen». Forarbeidene forutsetter da at det i første rekke vil være de alminnelige privatrettslige regler som setter skranker for hvilke vederlag som kan kreves, jf. Ot.prp. nr. 75 (2007 – 2008) side 102, der det blant annet uttales at «prisfastsettelsen vil underlegges de samme rettsregler og kontroll som annen prising i næringslivet».

Konkurranse- og privatrettslige regler retter seg mot urimelige priser og diskriminerende prising. Urimelige priser kan etter forholdene rammes av pristiltaksloven (1993) § 2 som fastslår det er «forbudt å ta, kreve eller avtale priser som er urimelige». Bestemmelsen viderefører tidligere prisloven § 18 og i Ot.prp. nr. 41 (1992 – 93) s. 119 uttales blant annet:

> «I forarbeidene til prisloven § 18 uttales at det må foreligge et klart og ikke ubetydelig avvik fra det rimelige for at bestemmelsen skal anses overtrådt. Departementet antar at dette bør legges til grunn i relasjon til den foreliggende bestemmelsen».

Urimelige priser kan også rammes av avtaleloven (1918) § 36. Etter avtaleloven § 36 kan en avtale «helt eller delvis settes til side eller endres for så vidt det ville virke urimelig eller være i strid med god forretningsskikk å gjøre den gjeldende». Det skal imidlertid svært mye til for at en avtale mellom ervervsdrivende settes til side etter avtaleloven § 36.

Urimelige priser kan etter forholdene rammes av konkurranseloven (2004) § 11 om foretaks utilbørlige utnyttelse av dominerende stilling, jf. bestemmelsens annet ledd bokstav a om «å påtvinge, direkte eller indirekte, urimelige innkjøps- eller utsalgspriser eller andre urimelige forretningsvilkår». Konkurranseloven § 11 kan også ramme diskriminerende prising, jf. § 11 andre ledd bokstav c om «å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen». Konkurranseloven § 11 oppstiller to vilkår som må være oppfylt for at det skal foreligge overtredelse. For det første må foretaket ha en dominerende stilling, og for det andre må foretakets atferd innebære en utilbørlig utnyttelse av den dominerende stillingen. Det er også et vilkår at opptredenen er egnet til å ha merkbar konkurransebegrensende virkning på det aktuelle markedet.

Selv om forarbeidene til gjeldende havne- og farvannslov fremholder at det vil være de alminnelige privatrettslige regler som setter skranker for havnens vederlagsfastsettelse, er det klart at for så vidt gjelder kommunale havner vil også den ulovfestede forvaltningsrettslige læren om myndighetsmisbruk etter forholdene kunne komme til anvendelse. Myndighetsmisbrukslæren innebærer at beslutning om urimelige

priser, vilkårlig prisfastsettelse og prisfastsettelser som innebærer usaklig forskjellsbehandling kan kjennes ugyldig av domstolene.
Når det gjelder urimelig høy pris, er det generelt en høy terskel for å konstatere dette. Utvalget viser her til at Hålogaland lagmannsrett på side 30 i dom i sak 16-133699ASD-HALO om kaivederlag uttaler følgende om terskelen for å sette avtaler til side etter myndighetsmisbrukslæren, avtaleloven eller pristiltaksloven på grunn av urimelig høy pris:

> «Felles for samtlige rettsgrunnlag er at det skal mye til for å sette avtalen til side fordi prisen er urimelig. At terskelen er høy harmonerer godt med at det er vanskelig for domstolene å fastsette riktig pris».

Etter hva utvalget kjenner til foreligger det ikke rettspraksis der krav om havnevederlag er funnet å være urimelig høyt etter privat- og konkurranserettslige regler. Utvalget er heller ikke kjent med rettspraksis der krav om havnevederlag i kommunal havn er funnet å være urimelig etter myndighetsmisbrukslæren.

[side 140]

I henhold til gjeldende § 42 sjette ledd første punktum kan kommunen søke departementet om tillatelse til innkreving av havneavgift. Etter det utvalget kjenner til er det kun tre kommuner som har søkt om dette. Av disse fikk én kommune avslag, én kommune gikk på eget initiativ bort fra havneavgiftordningen og én kommune fikk tidsbegrenset tillatelse, og har nå gått over til vederlag. Ordningen er således ikke i bruk i dag.

Som nevnt innledningsvis, vil havneforordningen etter utvalgets vurdering legge rammer for reguleringen i ny havne- og farvannslov av betaling for havnetjenester og bruk av havneinfrastruktur. Utvalget vurderer i det følgende regulering av betaling for havnetjenester og bruk av havneinfrastruktur i ny havne- og farvannslov sett i lys av havneforordningen.

Forordningen har som formål å legge til rette for markedsadgang i havner for leverandører av havnetjenester og å etablere finansiell transparens og autonomi i havner. Dette skal blant annet bidra til økt kvalitet og effektivitet i havnetjenester og derigjennom fremme sjøtransport.

I forordningens kapittel III er det gitt bestemmelser som skal bidra til finansiell transparens og autonomi i havner. Dette kapittelet inneholder blant annet bestemmelser om vederlag for havnetjenester (heretter havnetjenestevederlag) og vederlag for bruk av havneinfrastruktur (heretter havneinfrastrukturvederlag). Forordningen har både bestemmelser om prinsipper for fastsetting av vederlag og bestemmelser om vederlagsnivå.

Havnetjenestevederlag og havneinfrastrukturvederlag er definert i forordningens artikkel 2. Havnetjenestevederlag er i artikkel 2 (11) definert som vederlag til leverandør av havnetjenester («port services») betalt av brukeren av den relevante tjenesten. Forordningen gjelder ifølge artikkel 1 (2) følgende havnetjenester: bunkring, godshåndtering, fortøyning, passasjertjenester, mottak av skipsavfall og lastrester, los- og taubåttjenester. Havneinfrastrukturvederlag er definert i artikkel 2 (9) og omfatter vederlag for bruk av infrastruktur, fasiliteter og tjenester, inkludert sjøverts adgang til havnen og vederlag for passasjer- og lastehåndtering. Utenfor faller vederlag for leie av landareal.

I artikkel 12 (1) stilles det krav til fastsettelse av havnetjenestevederlag i havner der det er begrenset konkurranse i havnen om ytelse av havnetjenester. Nærmere bestemt gjelder artikkelen vederlag for havnetjenester som ytes av havnen selv eller av en juridisk enhet som havnen utøver kontroll over (såkalt «intern operatør» jf. artikkel 8) i henhold til en forpliktelse om å yte tjeneste av allmenn interesse (som definert i artikkel 7). Videre gjelder artikkelen vederlag for havnetjenester som ytes av tjenestetilbyder i en havn der havnen har begrenset antallet tjenestetilbydere for å sikre gjennomføring av forpliktelse til å yte tjenester av allmenn interesse. I havner som nevnt er det etter artikkel 12 (1) krav om at vederlagene fastsettes på en gjennomsiktig, objektiv og ikke-diskriminerende måte, samt at de skal stå i forhold til tjenestens kostnader. I artikkel 12 (2) er det stilt krav om at havnetjenestevederlagene, dersom de er integrert i andre

vederlag som for eksempel i havneinfrastrukturvederlag, skal være enkelt identifiserbare for brukerne. Videre skal havnetjenesteleverandører etter artikkel 15 (3) gjøre informasjon om vederlagenes oppbygging og nivå tilgjengelig for brukerne.
Når det gjelder havneinfrastrukturvederlag, framgår det i artikkel 13 (1) at medlemsstatene skal sikre at havneinfrastrukturvederlag blir innkrevd. I artikkel 13 (3) fremgår at havneinfrastrukturvederlagenes struktur og nivå skal fastsettes i henhold til havnens egen kommersielle strategi og investeringsplaner, og være i samsvar med konkurransereglene. Det er i artikkel 13 (4) åpnet for differensiering av infrastrukturvederlagene, blant annet av hensyn til miljø. Det er da et krav om at differensieringskriteriene skal være gjennomsiktige, objektive og ikke-diskriminerende, samt være i samsvar med konkurranse- og statsstøttereglene.

Havnen skal etter artikkel 13 (5) sørge for at havnebrukerne informeres om havneinfrastrukturvederlagene. Det er krav om at havnen informerer brukerne om endringer i infrastrukturvederlagene minst to måneder før de trer i kraft. På tilsvarende måte som for havnetjenestevederlagene, skal havneinfrastrukturvederlagene, dersom de er integrert i andre vederlag som for eksempel i havnetjenestevederlag, være enkelt identifiserbare for brukerne, jf. artikkel 13 (2).

I kapittel IV har forordningen bestemmelser om brukerkonsultasjon og om klageordning. I artikkel 15 (1) er det krav om at havnen skal høre brukerne om blant annet vesentlige endringer i vederlag når en intern operatør yter havnetjenester i henhold til forpliktelse om tjeneste av allmenn interesse. Artikkel 16 omhandler klagerett og pålegger medlemsstatene å sørge for en effektiv klagemekanisme. Klageorganet skal være uavhengig av havner og havnetjenesteytere.

Etter utvalgets vurdering vil havneforordningens bestemmelser om vederlag for havnetjenester og vederlag for bruk av havneinfrastruktur sette rammer for reguleringen av vederlag i havner [side 141] i ny havne- og farvannslov. Utvalget viser til at forordningen i EØS-notat er vurdert som EØS-relevant og forordningen er markert som EØS-relevant. Utvalget legger etter dette til grunn at havneforordningen skal tas inn i EØS-avtalen.

EU-rettsakter som tas inn i EØS-avtalen må gjennomføres i norsk rett. Når det gjelder forordninger som tas inn i EØS-avtalen, skal de gjøres til nasjonal rett «som sådan». Dette følger av EØS-avtalen artikkel 7 bokstav a. Formuleringen «som sådan» er ifølge Justis- og beredskapsdepartementets veileder Lovteknikk og lovforberedelse kapittel 12.7 forstått slik at forordninger skal gjennomføres i nasjonal rett «ord for ord». Videre fremgår det i denne veilederens kapittel 12.7 om gjennomføring av forordninger:

> «Gjennomføring av forordninger bør derfor skje ved inkorporasjon. Dette innebærer at den lov- eller forskriftsteksten som vedtas, fastsetter at vedkommende forordning – i EØS-tilpasset form – skal gjelde som lov eller forskrift, uten at selve teksten der EØS-tilpasningene er innarbeidet, formelt vedtas som lov eller forskrift.»

Som nevnt ovenfor er det lagt til grunn at departementet i gjeldende havne- og farvannslov § 42 fjerde ledd andre punktum har hjemmel til å gi slik forskrift. I bestemmelsen er departementet gitt myndighet til i forskrift å «fastsette prinsipper for prisfastsettelsen», og i forarbeidene (Ot.prp. nr. 75 (2007 – 2008)) fremgår på side 179 at «[e]n slik hjemmel kan også tenkes benyttet til å følge opp initiativer fra EU som vurderer felles prinsipper for prising av offentlig infrastruktur».

Utvalget vurderer etter dette at det i ny havne- og farvannslov må tas inn en hjemmel for departementet til å gi forskrift om inkorporering av havneforordningens bestemmelser om havneinfrastrukturvederlag og havnetjenestevederlag.

Utvalget har vurdert om det også, i tillegg til en hjemmel til å gi forskrift om inkorporering av havneforordningens bestemmelser om vederlag, bør tas inn en bestemmelse som innholdsmessig svarer til havneforordningens bestemmelser om havnetjeneste- og infrastrukturvederlag. Utvalget er kommet til at det

ikke bør tas inn en slik bestemmelse i loven da dette vanskelig vil være forenlig med kravet om gjennomføring av forordninger i nasjonal rett «ord for ord», slik EØS-avtalens artikkel 7 bokstav a er forstått. Utvalget vil imidlertid peke på at et sentralt prinsipp i havneforordningen er at havnens brukere skal ha tilgang til informasjon om prisene som gjelder for bruk av havnen og tjenester som ytes i havnen, jf. ovenfor om forordningens artikkel 12, 13 og 15. Som nevnt er det i dag fastsatt forskrift med hjemmel i gjeldende lov § 42 femte ledd, om at den som tilbyr havne- og transporttjenester i havn skal publisere oversikt over priser. Hovedformålet med forskriften er å ivareta transparens og oversiktlighet i markedet, noe som også tilrettelegger for konkurranse og kontroll. Utvalget mener at forskriften bør tas inn i ny havne- og farvannslov noe omformulert. Videre foreslås det at departementet gis hjemmel til i forskrift å gi nærmere bestemmelser om rammer for fastsetting av vederlag for havnetjenester og bruk av havneinfrastruktur, som vil gi hjemmel til forskrift om inkorporering av havneforordningens bestemmelser om havneinfrastrukturvederlag og havnetjenestevederlag. Det foreslås presisert i hjemmelsbestemmelsen at det i forskriften kan gis bestemmelser om klageadgang og behandling av klage, jf. havneforordningens artikkel 16 om behandling av klage. Utvalgets forslag fremgår av lovutkastet § 25.

Som påpekt ovenfor under pkt. 4.3.2 gjelder havneforordningen som utgangspunkt for havner i det Trans-Europeiske transportnettet (TEN-T), og den vil dermed bare omfatte 16 norske havner. *Utvalgets flertall, medlemmene Bjella, Hagen, Hygen, Krohn-Hansen, Sørli, Tofte og Vennemo* mener at en rekke av reglene i havneforordningen er i tråd med prinsipper som ligger til grunn for lovforslaget. *Samme flertall* oppfordrer derfor departementet til, i forbindelse med inkorporeringen av forordningen, å vurdere å gi forordningen eller deler av den anvendelse på norske havner generelt.

Utvalgsmedlemmene Bjørnflaten og Ubeda viser til at fastsettelse av priser for bruk av havneinfrastruktur og havnetjenester som ytes i havnen følger alminnelige privatrettslige regler. *Disse medlemmer* vil likevel understreke at gitt havnenes sentrale posisjon som en del av infrastrukturen, både lokalt, regionalt og nasjonalt, er det viktig at havnene er konkurranseeffektive, at det er rettferdig prising og at prisene ikke er høyere enn nødvendig for å dekke nødvendig drift, vedlikehold og investeringer, slik at ikke sjøtransporten svekkes sammenlignet med andre transportformer. I motsetning til situasjonen for bane og dels vei, er havnevirksomheten i stor grad finansiert av brukerbetaling.

På denne bakgrunn mener *disse medlemmer* at det er viktig at EUs havneforordning gjøres gjeldende for alle offentlige havner. Havneforordningen har blant annet bestemmelser om fastsetting [side 142] av vederlag for havnetjenester og vederlag for bruk av havneinfrastruktur, samt bestemmelser om tilsyn/klagemyndighet som skal være uavhengig av eier av havnen. Disse medlemmer mener at forordningen vil bidra til større åpenhet og brukerinvolvering omkring fastsettelse av vederlag i havner, og større rettssikkerhet for brukere som mener de er utsatt for urettferdig prising. Dette vil også kunne bidra til likestilte konkurranseforhold havnene imellom.

Disse medlemmer viser til erfaringene med dagens havnelov, der uenighet om vilkår i stor grad er henvist til rettsapparatet. Tiltak som gir økt transparens i havnenes økonomistyring og drift vil kunne bidra til bedre kostnadskontroll og mer effektiv drift av den enkelte havn. Dette vil også kunne styrke sjøtransportens konkurransevilkår.

Mange mindre aktører innen sjøtransporten har ikke ressurser til å kunne ta opp en sak for domstolene. *Disse medlemmer* vil derfor påpeke viktigheten av reelle brukerkonsultasjoner, og at det etableres et uavhengig klageorgan, hvor det også er anledning til å klage inn havners praktisering av fastsetting av priser. Dette vil kunne bidra til en mer effektiv tvisteløsning enn i dag.

Videre mener *disse medlemmer* at det er viktig med en helhetlig gjennomgang av avgifter, gebyrer og vederlag for sjøtransporten. I tillegg til at sjøtransporten i svært stor grad er brukerfinansiert, har sjøtransporten et svært høyt antall vederlag, gebyrer og avgifter å forholde seg til. For å styrke sjøtransportens

konkurransekraft er det derfor et stort behov for å forenkle dagens system. Det bør derfor iverksettes en helhetlig gjennomgang som en oppfølging av lovarbeidet med havne- og farvannsloven.
Når det gjelder ordningen etter gjeldende rett der kommunen kan søke departementet om tillatelse til å kreve havneavgifter, foreslår utvalget at denne, med bakgrunn i den meget begrensede anvendelsen, ikke videreføres.

[side 143]