

Er kommunale havners avgjørelser vedrørende fartøys rett til anløp forvaltningsrettslige enkeltvedtak?

*Grensen mellom utøving av offentlig myndighet og
forretningsvirksomhet i kommunale havner*



JUS398 – Masteroppgave (60 studiepoeng)
Det juridiske fakultet – Universitetet i Bergen

Kandidatnummer: 103
Antall ord: 33 374

Bergen, 15. juni 2015

*«Eiere og operatører av havner og havneterminaler har plikt til å motta fartøy i det omfang plassforholdene tillater det [...]»
(Havneloven 2009 § 39 1. ledd 1. punktum)*



«Plassforholdene» i Bergen havn anno 1930.¹

¹ Foto hentet fra: Universitetet i Bergen, Billedsamlingen, Atelier KK-samlingen.

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	6
1.1	Temaet for avhandlingen	6
1.2	Presentasjon av hovedproblemstillingen	8
1.3	Avhandlingens bakteppe – Lovavdelingens uttalelse av 12. mai 2014.....	10
1.4	Rettskilder og metode	11
1.5	Begrepsavklaring	13
1.6	Enkelte avgrensninger	13
2	Avgrensningen av det forvaltningsrettslige myndighetsbegrep mot forretningsvirksomhet	15
2.1	Innledning.....	15
2.2	Ordlyd og forarbeider	17
2.2.1	Tvetydighet i forarbeidene.....	18
2.2.2	De faktiske vurderingskriteriene etter forarbeidene	20
2.3	Nærmere om vurderingen av avgjørelsens formål og behovet for å anvende forvaltningslovens rettssikkerhetsgarantier	25
2.3.1	Formålet.....	25
2.3.2	Behovet for anvendelsen av forvaltningslovens saksbehandlingsregler	33
2.4	Vil rettsgrunnlaget likevel kunne være avgjørende?	35
3	Er avgjørelser i medhold av havneloven § 39 1. ledd «utøving av offentlig myndighet» etter forvaltningsloven?	41
3.1	Innledning.....	41
3.2	Omfanget av havnens mottaksplikt og fartøyets anløpsrett.....	44
3.3	Formålet med avgjørelser som regulerer fartøys anløpsrett etter § 39 1. ledd 1. punktum	49
3.3.1	Innebærer kommunale havnetjenester <i>fordeling</i> eller <i>utveksling</i> av goder? ..	51
3.3.1.1	<i>Mottakplikten og formålet med kommunal havnevirksomhet</i>	51
3.3.1.2	<i>Betydningen av en eierskapsnøytral mottaksplikt</i>	54

3.3.1.3	<i>Finansieringen av havnevirksomheten – havnens rett på vederlag og fartøyets betalingsplikt</i>	58
3.3.1.4	<i>Kontraheringsplikt eller fordelingsplikt?</i>	61
3.3.1.5	<i>Sammenfatning</i>	66
3.3.2	Avgjørelser som begrenser anløpsretten av hensyn til «plassforholdene» i havnen.....	67
3.3.2.1	<i>Det rettslige utgangspunkt for vurderingen</i>	67
3.3.2.2	<i>Tolkning av «plassforholdene»</i>	70
3.3.2.3	<i>Regulering av anløpsrett av hensyn sikrede retter i havnen</i>	71
3.4	Formålet med avgjørelser som gjør unntak fra mottaksplikten etter § 39 1. ledd 2. punktum.....	80
3.4.1	Unntak av hensyn til «fiskerinæringen».....	81
3.4.2	Unntak av hensyn til «sikkerhet»	81
3.4.3	Unntak av hensyn til «miljø».....	82
3.5	Fartøyenes reelle behov for at forvaltningslovens rettssikkerhetsgarantier skal få anvendelse ved regulering av anløpsrett.....	83
3.6	Oppsummering	84
3.6.1	Avgjørelser som regulerer fartøys anløpsretter etter § 39 1. ledd 1. punktum	85
3.6.2	Avgjørelser som gjør unntak fra mottaksplikten etter § 39 1. ledd 2. punktum	87
4	Betydningen av det konkurranserettslige foretaksbegrep	88
4.1	Innledning.....	88
4.2	Foretaksbegrepet og rekkevidden av det EU/EØS-rettslige myndighetsbegrep	90
4.2.1	Foretaksbegrepets krav om økonomisk aktivitet	90
4.2.2	Avgrensningen mot offentlig myndighetsutøvelse.....	92
4.3	Sammenlikning av det forvaltningsrettslige og det EU/EØS-rettslige myndighetsbegrep.....	93
4.4	Om det forvaltningsrettslige myndighetsbegrep bør tolkes konformt med EU/EØS-retten	94
	Kilder	97

1 Innledning

1.1 Temaet for avhandlingen

Rettslig sett var forholdet mellom stat og borger lenge begrenset til situasjoner hvor det offentlige opptrådte som øvrighet og borgerne som undersåtter. Dette skyldtes nok det faktum at myndighetenes hovedoppgaver opprinnelig var begrenset til håndhevelse av den offentlige ro og orden. Slike oppgaver ble utført ved hjelp av påbud, forbud, og andre maktmidler som ensidig gjorde inngrep i borgernes rettssfære.² Max Webers definisjon av staten som monopolist på legitim voldsanvendelse må ha vært førende for det syn på forvaltningen som har gjort at rettsikkerhetsstudier lenge var konsentrert rundt slik maktutøvelse overfor borgerne.³

Webers definisjon av staten er imidlertid fjern fra den moderne forvaltningsstat, slik denne har utviklet seg fra siste halvdel av forrige århundre frem til i dag.⁴ I forbindelse med gjenoppbyggingen av landet etter andre verdenskrig, og som en forutsetning for fremveksten av velferdsstaten, ble også *fordeling* av offentlige goder til borgerne en sentral del av forvaltningens samlede oppgaver.⁵ Som en følge av denne utviklingen begynte det norske rettsmiljø på slutten av 1970-tallet for alvor å rette oppmerksomheten mot borgernes rettssikkerhet ved offentlig fordelingsvirksomhet.⁶ Det økende behov for rettssikkerhetsgarantier på dette området var naturlig nok ikke begrunnet i risikoen for inngrep overfor borgerne, men i at de offentlige goder som skulle fordeles, gjerne hadde stor betydning for den enkelte borger og for den samlede velferd i samfunnet.

Fordeling av offentlige goder skjer i dag på mange forskjellige måter og innenfor en rekke forvaltningsområder. Enkelte goder er det offentlige pliktige til å fordele, andre goder er underlagt større grad av skjønn. Behovet for rettssikkerhetsgarantier melder seg i første rekke hvor det offentlige *plikter* å fordele goder – altså hvor borgerne kan utlede en *rett* på godet. I noen tilfeller har borgerne også en ubegrenset rett på å få tildelt et gode. Dette gjelder eksempelvis utbetalinger fra folketrygden: Innfris kriteriene for økonomisk stønad, kan ikke

² Graver 2007, side 44.

³ Elster 1976, side 112.

⁴ Graver 2007, side 30.

⁵ Smith 1979, side 104.

⁶ Se blant annet Smith 1984, som omhandler rettsikkerhet ved offentlig tjenesteyting.

myndighetene begrense rettskravet på slik støtte. Staten kan eksempelvis ikke begrense en rett på trygd med den begrunnelse at utbetalingsmidlene som er bevilget over statsbudsjettet ikke strekker til.⁷ Andre ganger er borgernes rett på å få tildelt et gode begrenset av godets tilgjengelighet. Dette vil spesielt gjelde goder i form av offentlige tjenestetilbud og avgrensede områder som det offentlige stiller til disposisjon for borgerne. Hensynet til det offentliges økonomi tilsier at retten til slike goder må begrenses til det gjennomførbare.⁸ Slike knapphetsgoder har borgerne dermed bare rett på i den grad de ikke allerede er fordelt. Den enkelte borger vil da ha behov for at fordelingen skjer på bakgrunn av saklige tildelingskriterier og på en betryggende måte.

Denne avhandlingen handler om rettssikkerhet⁹ ved fordeling av tilgang til kommunale havner. Havnene er forpliktet til å fordele kapasiteten i havnen til alle fartøy gjennom en alminnelig mottaksplikt som følger av havneloven § 39 1. ledd. Tatt i betraktning hvordan havnetilbudet langs kysten er i dag,¹⁰ samt at kapasiteten i havner naturligvis er begrenset, er det et faktum at tilgang til offentlige havner er et knapphetsgode. Havnene er derfor i utgangspunktet forpliktet til å motta fartøy i den grad plassforholdene i havnen tillater det (unntak kan gjøres av hensyn til sikkerhet, miljø og fiskerinæringen). I den grad havnen er full kan havnen nekte fartøy å anløpe frem til det blir ledig kapasitet igjen. Fartøy som konkurrerer om disse knapphetsgodene, vil av denne grunn ha behov for at fordelingen av havnekapasiteten skjer på bakgrunn av en betryggende saksbehandling. Samtidig må det tas hensyn til at havnene, som i stor utstrekning utgjør viktige logistikkentra og knutepunkter for infrastruktur, drives effektivt og ikke blir hemmet av tidkrevende og komplekse behandlingsprosesser i tilknytning til havnevirksomheten.

Forvaltningsloven kapittel IV–VI (eventuelt også VII) har regler som nettopp er ment å garantere betryggende saksbehandlingsprosesser. Avhandlingen tar derfor sikte på å klargjøre om disse prosessuelle kravene kommer til anvendelse på de kommunale havnenes saksbehandling ved avgjørelser som har betydning for fartøyenes anløpsrett etter § 39 1. ledd.

Dette leder meg frem til hovedproblemstillingen for avhandlingen, som jeg vil gi en redegjørelse for i neste avsnitt.

⁷ Eckhoff/Smith 2010, side 472.

⁸ Se Rt. 1997 s. 877, på side 882.

⁹ Avhandlingen begrenser seg til det formelle rettsikkerhetsbegrepet, som knytter seg til kravene til forvaltningens saksbehandling. Krav om materiell rettssikkerhet, altså krav om et gitt innhold i forvaltningens avgjørelser, holdes utenfor. Nærmere om slike materielle rettssikkerhetskrav, se Bernt 2001.

¹⁰ Nasjonal havneoversikt: <https://www.barentswatch.no/Havner/#&detailedSearch&harbours-map-view-selector>

1.2 Presentasjon av hovedproblemstillingen

Hovedproblemstillingen for denne avhandlingen er om forvaltningslovens saksbehandlingsregler i kapitlene IV–VI kommer til anvendelse på avgjørelser som kommunale havner treffer i medhold av havneloven § 39 1. ledd.

Reglene i kapitlene IV-VI stiller prosessuelle krav til saksforberedelsen og gir borgerne klageadgang for den avgjørelse som er truffet. Kapitlene IV–VI kommer imidlertid bare til anvendelse så lenge avgjørelsen som treffes er «enkeltvedtak», jf. forvaltningsloven § 3. Beslutninger som begrenser eller regulerer fartøys adgang til havn, vil typisk «være bestemmende for rettigheter og plikter.» Det avgjørende for om slike avgjørelser kan anses som forvaltningsrettslige enkeltvedtak, blir da om de er truffet «under utøvingen av offentlig myndighet», jf. § 2 1. ledd a). Dette vilkåret avgrenses mot avgjørelser som treffes som ledd i det offentliges forretningsvirksomhet (under privat autonomi).¹¹

I havnelovens forarbeider fremkommer det tydelig at kommunale havner er i en situasjon hvor de gjennom havnevirksomheten både vil kunne treffe avgjørelser som ledd i offentlig myndighetsutøvelse og avgjørelser som ledd i forretningsvirksomhet.¹² Dette fremgår også langt på vei av havneloven § 4 som definerer havnevirksomhet som «tjenesteyting, myndighetsutøvelse og annen offentlig forvaltning som retter seg mot fartøy, gods eller passasjerer i havnen». Samtidig er havnens myndighets- og forretningsfunksjoner ofte knyttet svært tett sammen. Når havneloven ikke særskilt definerer avgjørelser i medhold av § 39 1. ledd som «enkeltvedtak», blir det da vanskelig å avgjøre om slike avgjørelser er truffet som ledd i utøving av offentlig myndighet eller som ledd i det offentliges forretningsvirksomhet. Når også de forvaltningsrettslige vurderingskriteriene for å avgrense myndighetsbegrepet mot forretningsvirksomhet kan fremstå noe kompliserte, blir det desto vanskeligere å trekke opp en skarp grense.

Likevel krever anvendelseskriteriene til saksbehandlingsreglene i kapitlene IV–VI at grensen må trekkes skarp. Siden disse kapitlene, som nevnt ovenfor, bare kommer til anvendelse når det treffes «enkeltvedtak», jf. § 3, må det derfor klargjøres om avgjørelser i medhold av § 39 innebærer «utøving av offentlig myndighet», jf. forvaltningsloven § 2 1. ledd a), eller ikke.

¹¹ Ot.prp. nr. 38 (1964–1965), side 32.

¹² Havnelovutvalgets utredning, side 136–137.

Hva er så betydningen av at man betrakter havnenes avgjørelse om fartøyenes anløpsrett som et enkeltvedtak eller ikke? Treffer havnen avgjørelse om at et fartøy nektes plass i havnen, så vil det ikke utgjøre noen faktiske forskjeller om avgjørelsen er truffet som ledd i offentlig myndighetsutøvelse eller forretningsvirksomhet: Den faktiske konsekvensen er at fartøyet blir nektet adgang. Sondringen mellom enkeltvedtak og andre avgjørelser har imidlertid *rettslige* konsekvenser for havnen og fartøyene. Kapitlene IV–VI inneholder en rekke sentrale saksbehandlingsregler om blant annet saksforberedelse, formkrav, begrunnelsesplikt og rett til klagebehandling. Er avgjørelser om et fartøys rett til anløp truffet som ledd i havnens forretningsvirksomhet (privat autonomi), må en eventuell styring og kontroll med det offentliges saksbehandling søkes i privatrettens krav til redelighet, lojalitet og god tro, i tillegg til de grunnleggende forvaltningsrettslige prinsipper om saklighet, ikke-diskriminering og forbud mot myndighetsmisbruk.¹³ Slike privatrettslige regler gir ikke på langt nær samme garantier for en betryggende saksbehandling som forvaltningslovens saksbehandlingsregler i kapitlene IV-VI gir. Dersom avgjørelser om tildeling av plass i havn er å betrakte som et enkeltvedtak, slik at saksbehandlingsreglene i disse kapitlene kommer til anvendelse, vil (den formelle) rettssikkerheten for fartøyet dermed øke betraktelig.

Som jeg vil komme tilbake til i kapittel 3.3.2, har havnene i henhold til havneloven § 39 adgang til å inngå avtaler med fartøy om utnyttelse av kapasitet i havnen. Dersom tildeling av havnekapasitet gjennom slike avtaler anses som enkeltvedtak, vil dette innebære at andre fartøy som står utenfor kontraktsforholdet, men likevel har «rettslig klageinteresse» etter forvaltningsloven § 28, vil ha mulighet til å klage inn vedtaket (avtalen) for en overordnet klageinstans. Eksempelvis ville en havns avtale med et fergereferi om å la dette få legge til ved en bestemt kai til en bestemt tid, kunne påklages av et konkurrerende fergereferi som mener seg urettferdig behandlet. At et utenforstående fartøy skal kunne gjøre innsigelser mot havnens avtaler med andre fartøy ved å påklage avgjørelsen, vil sånn sett innebære et unntak fra hovedregelen om at innsigelser mot en avtale bare kan reises av avtalepartene. Det vil også medføre at havnen ikke står like fritt med tanke på hvordan slike tildelingsavtaler fremforhandles og hvilke hensyn havnen kan vektlegge.

¹³ Boe 2002, side 115 og Rt. 2012 s. 1444, avsnitt 53 hvor det henvises til Rt. 2009 s. 1356, avsnitt 31.

1.3 Avhandlingens bakteppe – Lovavdelingens uttalelse av 12. mai 2014

Den 12. mai 2014 avga Lovavdelingen en uttalelse om hvorvidt «en kommunal havns beslutning om å nekte fartøy adgang til havnen [i medhold av havneloven § 39], er enkeltvedtak etter forvaltningsloven». ¹⁴ Det springende punkt var om slike avgjørelser innebar «utøving av offentlig myndighet» etter forvaltningsloven § 2 1. ledd a).

Lovavdelingen kom til at slike avgjørelser bygget på havnens eierrådighet, og at de derfor ikke ville være truffet under utøving av offentlige myndighet.

Det avgrensingskriterium som Lovavdelingen la til grunn for myndighetsbegrepet, mente den å forankre i uttalelser fra forvaltningslovens forarbeider. Lovavdelingen uttalte at «[e]tter forarbeidene avgrenser kriteriet [«utøving av offentlig myndighet»] mot tilfeller der det offentlige handler på samme grunnlag og opptrer på linje med private rettssubjekter» (min understreking). Siden havneloven § 39 retter seg mot «eiere» av havner, mente Lovavdelingen at avgjørelser som begrenser fartøyenes anløpsrett, kunne hjemles i eiendomsretten, et rettsgrunnlag som Lovavdelingen ikke anså som «særskilt offentligrettslig». Som jeg vil komme nærmere inn på i avhandlingens kapittel 2, vil det i grensdragningen mellom offentlig myndighet og forretningsvirksomhet måtte legges til grunn et mye mer nyansert avgrensingskriterium enn kun et avgrensingskriterium som baserer seg på om det aktuelle kompetansegrunnlaget er særskilt offentlig eller ikke.

Lovavdelingen konkluderer til slutt med at «[s]å lenge kommunens avgjørelser treffes med utgangspunkt i § 39 første ledd første punktum, som ledd i ordinær drift av havnen, med utgangspunkt i eiendomsretten og med sikte på kommersiell drift, taler de beste grunner etter vår mening for at en ikke står overfor «utøving av offentlig myndighet» i forvaltningslovens forstand». Som avhandlingen vil vise i kapittel 3, er havnenes avgjørelser i medhold av § 39 1. ledd 1. punktum ikke alltid like ensartede som Lovavdelingen her tilsynelatende legger til grunn. Avgjørelsene vil for det første ikke nødvendigvis alltid være truffet som ledd i de kommunale havnenes ordinære drift, for det andre kan det foreligge særskilte begrensninger på de kommunale havnenes eierrådighet, og for det tredje vil det kunne være begrensninger med hensyn til hvor tungt havnen vil kunne vektlegge egne private interesser fremfor

¹⁴ JDLOV-2014-935.

samfunnsmessige hensyn, når det treffes avgjørelser om å tildele og å begrense fartøys anløpsrett i medhold av § 39 1. ledd 1. punktum.

Selv om Lovavdelingens uttalelse så å si tar direkte stilling til oppgavens problemstilling, er det altså flere forhold ved uttalelsen som tyder på at Lovavdelingen har tatt utgangspunkt i et (for det aktuelle typetilfellet) uriktig avgrensningskriterium for grensedragningen mellom myndighetsutøvelse og mot forretningsvirksomhet (privat autonomi). Samtidig er det også grunn til å stille spørsmålsteget ved Lovavdelingens konklusjoner knyttet til tolkningen av havneloven § 39. I det følgende vil jeg derfor søke å gi et svar på avhandlingens hovedproblemstilling uten å ta Lovavdelingens uttalelse til inntekt for et bestemt standpunkt. Formålet med avhandlingen er med andre ord å gjøre en selvstendig analyse av det rettsspørsmål som Lovavdelingen tok stilling til, for å kunne avgjøre om Lovavdelingens uttalelse gir uttrykk for gjeldende rett eller ikke.

1.4 Rettskilder og metode

For å gi et svar på hvorvidt forvaltningslovens saksbehandlingsregler i kapitlene IV–VI kommer til anvendelse på avgjørelser som kommunale havner treffer i medhold av havneloven § 39, er det som nevnt ovenfor avgjørende at slike avgjørelser treffes under «utøving av offentlig myndighet», jf. forvaltningsloven § 2 1. ledd a).

Utøvelsen av enkelte havnefunksjoner er særskilt angitt i havneloven som offentlig myndighetsutøvelse, og som dermed skal omfattes av forvaltningslovens saksbehandlingsregler i kapitlene IV–VI.¹⁵ Dette gjelder imidlertid ikke avgjørelser som havnen treffer i medhold av § 39. Det er likevel ikke holdepunkter for å anta at havneloven dermed bevisst har unntatt avgjørelser i medhold av § 39 fra å være omfattet av forvaltningslovens regler i kapitlene IV–VI.¹⁶ Hva som er utøving av offentlig myndighet, vil måtte ta utgangspunkt i den vurdering som forvaltningsloven selv legger opp til.

Oppgaven fokuserer som sagt på grensetilfellene mellom havnens offentlige myndighetsutøvelse og dens forretningsvirksomhet, eller rettere sagt privatrettslige disposisjoner. Hvilket avgrensningskriterium som skal legges til grunn for denne grensedragningen kan ikke slås fast på bakgrunn av forvaltningslovens ordlyd isolert, jf.

¹⁵ Se for eksempel havneloven § 9.

¹⁶ JDLOV-2014-935.

kapittel 2.2 nedenfor. Siden vilkåret «utøving av offentlig myndighet», jf. § 2 1. ledd a) er lite skarpt, vil lovens forarbeider være en sentral kilde for å slå fast vilkårets nærmere innhold. Samtidig gir forarbeidene bare begrenset veiledning, og dessuten finnes det få rettsavgjørelser knyttet til disse grensetilfellene.

Dette åpner for at praksis fra Sivilombudsmannen og uttalelser fra Lovavdelingen får større betydning enn ellers. Det må likevel understrekes at slike kilder ikke utgjør autoritative rettskildefaktorer som rettsanvenderen er bundet av. De får dermed bare relevans i kraft av å være kilder til gode argumenter eller i kraft av å gi uttrykk for langvarig og akseptert praksis i forvaltningen. Dessuten er slike avgjørelser, spesielt uttalelser fra Sivilombudsmannen, knyttet til spesifikke sakstiltfeller og vil ikke alltid gi uttrykk for en generell rettsoppfatning. Siden rettskildebildet er forholdsvis tomt for autoritative rettskilder, vil derfor også juridisk teori og reelle hensyn få en fremtredende rolle som argumentasjonskilde i denne avhandlingen.

Et særskilt spørsmål som tas opp avslutningsvis i avhandlingens kapittel 4, er om forståelsen av offentligrettslig myndighet på andre rettsområder enn forvaltningsretten vil kunne være et tolkningsbidrag til hvordan man skal forstå vilkåret «utøving av offentlig myndighet», jf. forvaltningsloven § 2 1. ledd a). Dette synes nemlig å være lagt til grunn av Graver, som uttaler at «[h]vis det er offentlig myndighetsutøvelse, kommer for eksempel forvaltningslovens bestemmelser for enkeltvedtak eller forskrift til anvendelse [...]. Hvis det ikke er myndighetsutøvelse, vil konkurranseloven kapittel 3 om forbud og adgang til å gripe inn mot konkurransebegrensende avtaler og misbruk av en dominerende markedsposisjon komme til anvendelse».¹⁷ Hvis det konkurranserettslige myndighetsbegrep beror på samme avgrensingskriterier og for øvrig har samme innhold og rekkevidde som det forvaltningsrettslige myndighetsbegrep, vil konkurranserettslig praksis fra eksempelvis EU-domstolen være et relevant tolkningsbidrag til forståelsen av det forvaltningsrettslige myndighetsbegrep. Hvis myndighetsbegrepene tolkes i utgangspunktet ulikt, vil jeg vurdere om hensynet til koherens mellom de to ulike regelsettene gjør seg gjeldende i slik grad at det er grunn til å tolke det forvaltningsrettslige myndighets konformt med det konkurranserettslige myndighetsbegrep.

¹⁷ Graver 2015, side 207.

1.5 Begrepsavklaring

Enkelte begreper som benyttes i avhandlingen, vil kunne ha et annet innhold etter dagligdags språkbruk. I det følgende vil jeg gi en forklaring for hva som menes med enkelte av de begrepene som anvendes spesielt mye i avhandling. Særskilte begreper som ikke er med i denne nokså knappe oppstillingen, er forsøkt forklart så godt det har latt seg gjøre der hvor begrepet anvendes i avhandlingen.

Med begrepet «havn» er det et par forhold som må avklares. I denne avhandlingen brukes begrepet bare om havner – offentlige eller private – som tilbyr havnetjenester i alminnelighet, såkalte «trafikkhavner».¹⁸ Havner til privat bruk faller derfor utenfor (havneloven § 39 2. ledd). For det andre siktes det først og fremst til *eieren* av trafikkhavnen, ikke til de fysiske havneområdene. Når de fysiske havneområdene blir omtalt, vil dette fremgå av teksten. I all hovedsak siktes det til kommunen som eiere av trafikkhavner, og ikke til private eiere av slike. Enkelte ganger brukes imidlertid «havn» uavhengig av eierposisjonen, men da vil også dette fremkomme av teksten.

Med «fartøy» siktes det til de private eierne av fartøyene. Det vil som regel siktes til rederier, men fysiske personer som eier fartøy omfattes også.

Med «avgjørelser» sikter jeg til individuelle avgjørelser som havnen treffer. Begrepet benyttes i forbindelse med slike avgjørelser som potensielt vil kunne være «vedtak», jf. forvaltningsloven § 2 1. ledd a).

I avhandlingen brukes begrepene «anløpsrett» og «mottaksplikt» mye om hverandre. Begrepene gir uttrykk for to sider av samme sak, og bruken av det ene begrepet i stedet for det andre vil noen ganger være tilfeldig.

1.6 Enkelte avgrensninger

Selv om jeg i avhandlingen skal ta stilling til om forvaltningslovens saksbehandlingsregler i kapittel IV-VI kommer til anvendelse, vil jeg ikke gå nærmere inn på de rettslige virkningene av en eventuell anvendelse av disse reglene eller forklare nærmere hva hver enkelt saksbehandlingsregel går ut på.

¹⁸ Havnelovutvalgets utredning, side 63–62.

Avhandlingen avgrenses også mot en vurdering av de ulovfestede offentligrettslige skranker knyttet til forsvarlig saksbehandling og saklighet. Et særlig spørsmål i tilknytning til dette, men som altså ikke vil tas opp i denne avhandlingen, vil være hvorvidt det forhold at avgjørelser er truffet under utøving av offentlig myndighet er en forutsetning for at læren om myndighetsmisbruk skal komme til anvendelse. I litteraturen er det knyttet noe usikkerhet til dette spørsmålet, og Høyesterett har ennå ikke avgitt et ratio decidendi som omhandler spørsmålet.¹⁹

Vurderingen av om havnen utøver offentlig myndighet eller forretningsvirksomhet, relaterer seg i denne avhandlingen bare til spørsmålet om havnen treffer «enkeltvedtak», jf. forvaltningsloven § 2 1. ledd b). Grensen mellom utøvelse av offentlig myndighet og forretningsvirksomhet vil riktignok også ha betydning for hvorvidt en avgjørelse anses som «forskrift» eller ikke, jf. § 2 1. ledd c). Forskrifter har likevel mindre relevans som vedtaksform ved tildeling av havnekapasitet og ved avvisning av fartøy i havnen. I disse tilfellene vil vedtakene som regel rette seg mot en eller flere bestemte fartøy. Nærmere regler for hvordan tildelingen av plass i havnen skal skje, vil imidlertid ofte fattes i form av forskrift, jf. havneloven § 39 3. ledd. Dette reiser imidlertid andre spørsmål enn de jeg vil ta opp i det følgende. Avhandlingen avgrenses derfor mot spørsmål knyttet til om havnen vedtar forskrift. Det er likevel verdt å merke seg at havnene må bruke en bestemt mal dersom de ønsker å vedta forskrifter om orden i og bruk av havnen etter havneloven § 42.²⁰ Kystverket har lagt til grunn Ved avgjørelser som kommunale havner treffer på bakgrunn av slike forskrifter har Kystverket lagt til grunn (også etter Lovavdelingens uttalelse av 12. mai 2014) må følge en bestemt mal Kystverket har lagt til grunn at forskrifter som havnen treffer om bruk av havnen

¹⁹ Sml. Frihagen I, side 28 og Smith 1978, side 143. Det vises ofte til Rt. 2009 s. 1356 og Rt. 2012 s. 1444 som begge kan tas til inntekt for at selv hvor det offentlige ikke utøver offentlig myndighet er det likevel bundet til offentligrettslige krav til forsvarlig saksbehandling og saklighet. Disse uttalelsene representerer likevel bare obiter dicta.

²⁰ Forskrift om mal for kommunale ordensforskrifter (FOR-2012-11-02-1040).

2 Avgrensningen av det forvaltningsrettslige myndighetsbegrep mot forretningsvirksomhet

2.1 Innledning

I dette kapitlet vil jeg gjøre rede for hvilke vurderingskriterier som vil måtte anvendes i vurderingen av om havnens avgjørelser i medhold av § 39 er å anse som enkeltvedtak eller ikke. Dette vil være nødvendig for å kunne gi et svar på hovedproblemstillingen, ettersom forvaltningslovens saksbehandlingsregler kapitlene IV-VI kun kommer til anvendelse hvor havnene treffer enkeltvedtak, jf. § 3.

Om avgjørelser er å anse som enkeltvedtak vil noen ganger være særskilt regulert gjennom lovgivning. Andre ganger vil Kongen²¹ kunne ha bestemt at forvaltningslovens saksbehandlingsregler i kapitlene IV–VI helt eller delvis skal komme til anvendelse på avgjørelser som det offentlige treffer, jf. § 5 1. ledd 3. punktum. Men siden havners avgjørelser i medhold av § 39 ikke er definert i lov som enkeltvedtak og Kongen ikke har bestemt at saksbehandlingsreglene i kapittel IV-VI helt eller delvis skal gjelde, må spørsmålet løses med utgangspunkt i forvaltningslovens egen definisjon av «enkeltpåtak», jf. § 2 1. ledd b), jf. a).

Forvaltningsloven kommer til anvendelse overfor «den virksomhet som drives av forvaltningsorganer når ikke annet er bestemt i eller i medhold av lov», jf. § 1. De offentlig eide havnene er underlagt kommunalt eierskap.²² Som «organ for [...] kommune» er de dermed «forvaltningsorgan», jf. § 1. Den virksomhet som drives av offentlig eide havner, hører således inn under lovens alminnelige virkeområde.

I henhold til § 3 kommer imidlertid kapitlene IV–VI – som inneholder sentrale saksbehandlingsregler om blant annet saksforberedelse, forvaltningens utredningsplikt, formkrav, begrunnelsesplikt og rett til klagebehandling – kun til anvendelse der havnene treffer «enkeltpåtak». Når det i avhandlingen er spørsmål om forvaltningslovens

²¹ Delegert myndighet til Justis- og beredskapsdepartementet, jf. forvaltningslovforskriften § 45 1. ledd 1. punktum.

²² Kystverkets hjemmeside: <http://www.kystverket.no/Maritim-infrastruktur/Havner>

saksbehandlingsregler skal komme til anvendelse, er det reglene i disse kapitlene det henvises til.

Vilkårene for «enkeltvedtak» følger av § 2 1. ledd b), jf. a):

«§ 2.(definisjoner).

I denne lov menes med:

- a) vedtak, en avgjørelse som treffes under utøving av offentlig myndighet og som generelt eller konkret er bestemmende for rettigheter eller plikter til private personer (enkeltpersoner eller andre private rettssubjekter);
- b) enkeltvedtak, et vedtak som gjelder rettigheter eller plikter til en eller flere bestemte personer;»

Det er uproblematisk å slå fast hvorvidt avgjørelser som offentlige havner treffer i medhold av havneloven § 39 vil være «bestemmende for» «private» fartøys «rettigheter» til å anløpe og bruke havner, jf. forvaltningsloven § 2 1. ledd a). Det er videre uproblematisk å avgjøre om en avgjørelse om å motta et fartøy eller å begrense dets anløpsrett gjelder rettigheter eller plikter for «bestemte personer», jf. b). Det problematiske spørsmål er om de avgjørelser havnen treffer i medhold av havneloven § 39 innebærer «utøving av offentlig myndighet».

Verken § 39 eller havneloven for øvrig gir holdepunkter for å si noe om havnens avgjørelser i medhold av § 39 er «utøving av offentlig myndighet» etter forvaltningsloven. I forarbeidene til havneloven uttaler departementet kun at begrensninger i mottaksplikten «kan arte seg som enkeltvedtak eller forskrifter, generelle forretningsvilkår, konkrete beslutninger fra terminaleier om å nekte anløp, og etter omstendighetene konkrete handlinger som hindrer adkomst».²³ I hvilke tilfeller en avgjørelse i medhold av § 39 vil være offentlig myndighetsutøvelse, kan altså ikke utledes direkte av havneloven eller dens forarbeider. Avgjørende vil derfor være om den konkrete avgjørelse anses som «utøving av offentlig myndighet», jf. forvaltningsloven § 2 1. ledd a). I det følgende vil jeg derfor foreta en grundig tolkning av dette vilkåret.

²³ Ot.prp. nr. 75 (2007–2008), side 96.

2.2 Ordlyd og forarbeider

Vilkåret «utøving av offentlig myndighet» er temmelig upresist. Dette har lovgiver vært klar over. Departementet uttaler blant annet at «[d]efinisjonene har voldt betydelige vansker i praksis, men det er neppe mulig å finne en annen definisjon som gir mer entydige løsninger».²⁴

Det er eksempelvis ikke klart om vilkåret kun omfatter avgjørelser som forvaltningen treffer i kraft av sin «høyhetsrett» over borgerne, eller om også avgjørelser om fordeling av goder til borgerne også omfattes.²⁵ Det er likevel klart at ordlyden ikke kan tolkes dit hen at den omfatter all virksomhet som et offentlig myndighetsorgan utøver.²⁶ Noe slikt har helt klart heller ikke vært lovgivers hensikt. Departementet uttaler at «[h]ensikten [med vilkåret] er å foreta en sontring mellom de avgjørelser som representerer offentligrettslig myndighetsutøving og de tilfelle hvor det offentliges handlingsgrunnlag i prinsippet er det samme som for private institusjoner [...]».²⁷

Med dette legger forarbeidene opp til et skille mellom offentlig virksomhet som er offentligrettslig og offentlig virksomhet som er privatrettslig. Spørsmålet blir så hva lovgiver legger i begrepet «offentligrettslig myndighetsutøving» og hvordan dette begrepet skal avgrenses mot «privatrettslig» offentlig virksomhet.

Betegnelse «offentligrettslig» og «privatrettslig» har ikke et fast og klarlagt innhold. Selv om juridisk teori ofte skiller skarpt mellom offentligrett og privatrett, tjener slike skiller fortrinnsvis rettssystematiske funksjoner: Det gjør det enklere å assosiere ulike regelsett med enten offentlig myndighetsutøving eller privatautonome disposisjoner.²⁸ Det betyr likevel ikke at det alltid er et skarpt skille mellom offentligrettslige og privatrettslige disposisjoner. Men siden spørsmålet i denne avhandlingen er om forvaltningslovens saksbehandlingsregler i kapitlene IV–VI kommer til anvendelse, vil det nødvendigvis måtte foretas et skarpt skille mellom (offentligrettslige) avgjørelser som innebærer offentlig myndighetsutøvelse og (privatrettslige) avgjørelser som faller utenfor denne kategorien. Grunnen til dette er at det kun er avgjørelser som er «vedtak» etter forvaltningsloven § 2 som omfattes av kapitlene IV–VII, jf. § 3.

²⁴ Ot.prp. nr. 3 (1976–1977), side 54.

²⁵ Se også Eckhoff/Smith 2010, side 277.

²⁶ Eksempelvis slik «offentlig myndighet» er definert i psykisk helsevernloven § 1-3.

²⁷ Ot.prp. nr. 3 (1976–1977), side 54.

²⁸ Jf. Boe 2002, side 122.

2.2.1 Tvetydighet i forarbeidene

Forarbeidene kan fremstå noe tvetydige med hensyn til hva lovgiver har ment med offentligrettslig myndighetsutøving. På den ene siden kan departementsuttalelsen, gjengitt ovenfor, tas til inntekt for at kun avgjørelser med grunnlag i et *særskilt offentlig kompetansegrunnlag* vil være offentligrettslig myndighetsvirksomhet, ettersom avgjørelser med et «handlingsgrunnlag» som «i prinsippet er det samme som for private» er ment å falle utenfor begrepet.

Alle private rettssubjekter har i utgangspunktet kompetanse til å råde fritt over egen eiendom og til å binde seg selv ved avtale (privatautonomi). Slik privatautonomi innehar også det offentlige.²⁹ Dersom det offentlige hjemler en avgjørelse i dets eierrådighet eller avtalekompetanse, vil selve typen kompetansegrunnlag prinsipielt være det samme som for private.³⁰ Hvis det var slik at vilkåret «utøving av offentlig myndighet» kun omfattet avgjørelser som bygget på et *særskilt offentlig kompetansegrunnlag*, og følgelig utelukket avgjørelser som bygget på et *prinsipielt likt kompetansegrunnlag* som private har, skulle dette bety at kun de avgjørelser som bygget på et rettsgrunnlag som hjemlet kompetanse til å binde borgerne *uten hensyn til deres samtykke eller medvirkning*, utgjorde offentligrettslig myndighetsutøving. Kompetanse til ensidig binding av borgerne går i rettslitteraturen under betegnelsen «statens høyhetsrett»³¹ og må i henhold til det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet hjemles i enten Grunnloven, lov eller bestemmelser gitt i henhold til lov.³² Man kunne dermed tro at offentlig myndighetsutøvelse begrenset seg til avgjørelser i kraft av lovhjemlet kompetanse, nettopp fordi dette utgjør den eneste form for kompetansegrunnlag som i *prinsippet ikke* er det samme som for private.

På den annen side uttrykker Forvaltningskomiteen (heretter komiteen) helt tydelig at en avgjørelse kan være offentlig myndighetsutøvelse selv om den ikke er hjemlet i et særskilt offentligrettslig kompetansegrunnlag. Komiteen uttaler at «[i] enkelte tilfelle har myndighetutøvelsen ikke direkte eller uttrykkelig lovhjemmel, men vedtaket innebærer likevel en utøvelse av offentlig myndighet, som er bestemmende for den enkelte borgers rett. Dette gjelder således når offentlige myndigheter bevilger penger, treffer vedtak om stønad,

²⁹ Frihagen I, side 153.

³⁰ Det betyr nødvendigvis ikke at kompetansen har likt innhold eller samme rekkevidde som hos private. Se til illustrasjon Rt. 2009 s. 1356, avsnitt 31, Eckhoff/Smith 2010, side 373, Bernt 2002, side 86 og Frihagen I, side 155. Se for øvrig kapittel 2.3.1.

³¹ Smith 1984, side 26.

³² Frihagen I, side 107 og NUT 1958:3, side 3.

om offentlige ytelser, fordeler eller andre offentlige goder som på de enkelte forvaltningsområder er stilt til disposisjon for bestemte formål». ³³ Og videre uttales det at «[d]et offentlige vil ofte være part i et privatrettslig kontraktsforhold [...] Men dette utelukker ikke at offentlige myndigheter også i slike forhold kan utøve offentlig myndighet [...]». ³⁴ Departementet har ikke uttrykkelig fulgt opp disse uttalelsene, men slutter seg tilsynelatende fullt ut til komiteens vurdering av hvordan vedtaksbegrepet må avgrenses på dette punktet. ³⁵

Komiteens uttalelse er ikke forenlig med en forståelse av at «utøving av offentlig myndighet» kun gjelder virksomhet som har hjemmel i et særskilt offentlig rettsgrunnlag. Det faktum at ikke bare fordeling av byrder, men også fordeling av goder som det offentlige råder over (og som kan disponeres over i kraft av det offentliges eierrådighet) etter forarbeidene vil kunne innebære «utøving av offentlig myndighet», tilsier at avgrensningen av myndighetsbegrepet beror på en bredere vurdering enn kun en vurdering av om det aktuelle kompetansegrunnlaget er særskilt offentlig eller ikke. Denne forståelsen er forutsatt i rettspraksis og har for øvrig bred oppslutning i forvaltningspraksis og juridisk forvaltningsteori. ³⁶ Eksempelvis har kommunale tomtsalg mot vederlag blitt ansett som offentlig myndighetsutøvelse, til tross for at salget skjedde i kraft av kommunens eierrådighet. ³⁷ Dette vil jeg komme tilbake til senere kapittel 2.3. Jeg vil likevel kort nevne en sak fra Sivilombudsmannen som er illustrerende for den vide forståelse av forvaltningslovens myndighetsbegrep. I sin vurdering av hvorvidt en avgjørelse om å nekte en elev forsterket internatplass ved en offentlig eid skole var et enkeltvedtak, påpekte Sivilombudsmannen at driften av internatet delvis var subsidiert av det offentlige og at avgjørelser om å tildele forsterket plass på internatet potensielt ville kunne ha stor betydning for den enkelte søker. Dette gjorde at det oppstod et behov for å anvende forvaltningslovens rettssikkerhetsgarantier ved saksbehandlingen. Sivilombudsmannen kom derfor til at tildelingen innebar offentligrettslig myndighetsutøvelse og fant det «ikke

³³ NUT 1958:3, side 3.

³⁴ NUT 1958:3, side 207.

³⁵ Ot.prp. nr. 38 (1964–1965), side 32.

³⁶ Se eksempelvis Rt. 2002 s. 19 (om trygdeutbetalinger er enkeltvedtak), på side 34 og RG 1983 s. 773 (om tildeling av boligtomt er enkeltvedtak), på side 784–786. Av juridisk teori nevnes blant andre Hopsnes 2013, side 175–176 som anvender begrepet «ulovfestet utøving av offentlig myndighet», Frihagen II, side 77, Eckhoff/Smith 2010, side 277 og 470, Woxholth 2011, side 82. Av forvaltningspraksis nevnes blant annet Lovavdelingens uttalelser i JDLOV-1996-9972 og JDLOV-1984-1962 og Sivilombudsmannens uttalelser i SOM-2012-460 og SOMB-1989-19.

³⁷ RG 1983 s. 773.

avgjørende at avgjørelse om tildeling av internatplass ikke [hadde] grunnlag i lov eller forskrift».³⁸

Som jeg vil komme tilbake til nedenfor i kapittel 2.4, har enkelte teoretikere og et knippe uttalelser fra Lovavdelingen likevel tillagt kompetansegrunnlaget vesentlig, om ikke avgjørende, vekt ved spørsmål om man står overfor offentlig myndighetsutøvelse eller ikke. Før jeg kommer inn på dette, vil jeg først se nærmere på hvilket vurderingstema man *faktisk* kan utlede fra forarbeidene.

2.2.2 De faktiske vurderingskriteriene etter forarbeidene

Selv om det – som vist ovenfor – ikke er *nødvendig* at forvaltningen treffer avgjørelsen med hjemmel i et særskilt offentlig rettsgrunnlag, for at det skal være snakk om offentlig myndighetsutøvelse, så er det i forarbeidene lagt til grunn at en offentlig avgjørelse som er bestemmende for privates lovhjemlede rettigheter vil være å anse som offentlig myndighetsutøvelse. Departementet uttaler nemlig at «[s]å lenge det her ikke [treffes avgjørelser som] dreier seg om rettigheter som har hjemmel i lov eller er av offentligrettslig innhold, men om saker som må bedømmes på kontraktmessig grunnlag [...] vil lovens regler om saksbehandlingen i kap. [IV–VII] ikke gjelde» (min understreking).³⁹ Med andre ord må departementet ha ment at saksbehandlingsreglene i de aktuelle kapitlene skal gjelde dersom avgjørelsen «dreier seg om rettigheter som har hjemmel i lov eller er av offentligrettslig innhold». Det er nærliggende å anta at departementets standpunkt skyldes en alminnelig oppfatning om at lovhjemlede rettigheter som regel verner om svært viktige goder for borgerne, slik at det oppstår et presserende *behov* for å la forvaltningslovens rettssikkerhetsgarantier i kapittel IV–VI komme til anvendelse.

Hva mener komiteen og departementet så med et «offentligrettslig innhold»? Den tydeligste veiledningen gis i komiteens begrunnelse for å avgrense myndighetsbegrepet mot avgjørelser som treffes som ledd i det offentliges forretningsdrift og egenforvaltning. Komiteen uttaler at «avgjørelser som treffes på området for offentlig forretningsdrift og tjenesteytelser og på egenforvaltningens område også [vil] kunne ha betydning for den enkelte borger. Men på disse områdene handler stat og kommune ofte «privatrettslig» og stiller seg ved siden av og på linje med de enkelte borgere eller private rettssubjekt. Statens og kommunenes virksomhet

³⁸ SOM-2012-460.

³⁹ Ot.prp. nr. 38 (1964–1965), side 23.

forfølger da andre formål enn når stat og kommune handler og utøver myndighet som offentligrettslig rettssubjekt. I siste tilfelle får de avgjørelser som treffes, betydning for den enkelte borgers offentligrettslige forhold, og det er i dette forhold at behovet for rettssikkerhetsgarantier ved saksbehandlingen i første rekke setter inn» (min understreking).⁴⁰ Disse synspunktene legges også til grunn av departementet.⁴¹

Som det fremgår, begrunner komiteen avgrensningen av myndighetsbegrepet mot forretningsdrift og egenforvaltning med henholdsvis to forhold: For det første vil avgjørelser truffet på området for forretningsdrift og egenforvaltning *forfølge andre formål* enn når det utøves offentligrettslig myndighet, og for det andre vil det ikke være *behov* for å la forvaltningslovens rettssikkerhetsgarantier for saksbehandlingen komme til anvendelse i tilfeller hvor det ikke utøves offentligrettslig myndighet. Ørebech har tilsvarende oppfatning av forarbeidene. Han uttaler at «[f]orarbeidene taler med stor styrke for at virksomhetens formål og klientenes reelle behov for forvaltningslovens rettssikkerhetsgarantier, gjøres til avgrensningskriterium ved vurderingen av om offentlig forretningsdrift og tjenesteyting skal anses som myndighetsutøvelse». ⁴² Som jeg vil komme tilbake til nedenfor i kapittel 2.3, skal vi også se at dette avgrensningskriterium er anvendt i praksis.

Å avgrense myndighetsbegrepet mot offentlig forretningsdrift på bakgrunn av en vurdering av formålet med avgjørelsen og behovet for å anvende forvaltningslovens rettssikkerhetsgarantier, synes å ville lede til mer nyanserte avgrensninger enn hva et formelt avgrensningskriterium, knyttet til hvorvidt avgjørelsens hjemmelsgrunnlag er særskilt offentlig, vil gjøre. Dette kommer til syne gjennom forvaltningspraksis som ved flere tilfeller har slått fast at det offentlige har utøvd offentlig myndighet, til tross for at det aktuelle rettsgrunnlaget ikke var særskilt offentlig.⁴³

Likevel er det riktig, som komiteen selv påpeker, at «[d]en myndighet som forvaltningen utøver på det offentligrettslige område vil i de fleste tilfelle ha direkte hjemmel i loven» (min understreking).⁴⁴ Derfor vil også det faktum at en avgjørelse er truffet med hjemmel i lov, som regel tilsa at det er snakk om offentlig myndighetsutøvelse.

⁴⁰ NUT 1958:3, side 432.

⁴¹ Ot.prp.38 (1964–1965), side 32.

⁴² Ørebech 1983, side 263.

⁴³ Se eksempelvis JDLOV-1996-9972. Praksis behandles nærmere i kapittel 2.3.

⁴⁴ NUT 1958:3, side 432.

Et annet aspekt ved den formelle tilnæringsmåten er at den vil kunne gi det offentlige en indikasjon på om det utøves offentlig myndighet eller ikke på et tidlig stadium av saksbehandlingen. Ettersom spørsmålet til syvende og sist dreier seg om hvorvidt man skal la et gitt sett med prosessuelle regler få anvendelse på det offentliges saksbehandling, ligger det jo i sakens natur at vurderingen om forvaltningslovens kapitler IV–VI skal få anvendelse eller ikke, bør tas på et så tidlig stadium av saksbehandlingsprosessen som mulig. I enkelte tilfeller kan det tenkes at det ikke vil være mulig å si noe sikkert om avgjørelsens formål eller det reelle behov for å anvende forvaltningslovens saksbehandlingsregler før på et sent stadium av saksbehandlingen. Da vil derimot den formelle tilnærmingen til myndighetsbegrepet, i hvert fall rent retts teknisk, kunne bidra til en enklere og mer effektiv vurdering.

Ved grensetilfellene mot forretningsvirksomhet og tjenesteytelser vil man naturlig nok befinne seg utenfor selve kjernen av saksbehandlingsreglenes normale anvendelsesområde. Man kunne derfor kanskje tenke seg at kravet om et nyansert og sammensatt avgrensningskriterium kunne lempes noe til fordel for en mer effektiv saksbehandlingsprosess, i den forstand at man, uten hensyn til hvilket avgrensningskriterium som ville ledet til det mest nyanserte svaret, benyttet det formelle avgrensningskriterium om at det kun er avgjørelser med hjemmel i et særskilt offentlig rettsgrunnlag som er utøving av offentlig myndighet. Til en viss grad vil nok dette kunne være legitimt. Anvendelse av et avgrensningskriterium basert på avgjørelsens formål og behovet for å anvende forvaltningslovens saksbehandlingsregler vil unektelig legge opp til en nokså komplisert og omstendelig vurdering. Å lempe på kravet til et nyansert avgrensningskriterium til fordel for et mer effektivt et, vil likevel bare kunne gjøres i den utstrekning dette ikke går utover den enkelte borgers rettsikkerhet. Forarbeidene er nemlig tydelige på at hensynet til den enkelte borgers rettsikkerhet, som den store hovedregel, vil måtte komme først.⁴⁵ Effektivitetshensyn vil derfor bare under særdeles presserende kapasitetsutfordringer, eller der hvor kravet til rettsikkerhet hindrer eller saboterer forvaltningens handleevne, kunne vektlegges på *bekostning* av rettsikkerheten.⁴⁶

Når det er sagt, vil den konkrete avveiningen av effektivitetshensyn og rettsikkerhetshensyn uansett forde en vurdering av sakens betydning for den enkelte borger.⁴⁷ En slik vurdering vil langt på vei sammenfalle med en vurdering av den enkelte borgers *reelle behov* for å la

⁴⁵ NUT 1958:3, side 5.

⁴⁶ NUT 1958:3, side 6.

⁴⁷ NUT 1958:3, side 5–6.

forvaltningslovens rettssikkerhetsgarantier komme til anvendelse.⁴⁸ Dersom man på bakgrunn av effektivitetsbetraktninger legger til grunn det formelle avgrensningskriterium (og ikke på grunn av en rettslig overbevisning om at den formelle tilnæringsmåte gir tilstrekkelig rettssikkerhet), vil man altså uansett ha måttet foreta en vurdering av den enkelte borgers reelle behov for anvendelse av forvaltningslovens rettssikkerhetsgarantier. Da er det ikke lenger så mye å hente i et effektivitetsargument.

Det må igjen understrekes at det er ved *grensetilfellene* mot offentlig forretningsdrift og tjenesteyting at forarbeidene tydeligst legger opp til et avgrensningskriterium basert på avgjørelsens formål og behovet for forvaltningslovens rettssikkerhetsgarantier. Er man derimot i kjerneområdet for myndighetsbegrepet, vil en formell tilnærming gjerne kunne fungere utmerket som en effektivt og betryggende metode for å fastslå at det utøves offentlig myndighet. I denne avhandlingen er det likevel grensedragningen mellom offentlig myndighetsutøvelse og forretningsvirksomhet som behandles, og i rettslitteraturen gjentas det til stadighet at denne grensedragningen er komplisert og vanskelig. Hvis man da skal sikre rettslig korrekte og nyanserte løsninger, bør avgrensningen derfor basere seg på mer dyptgående og reelle avgrensningskriterier, fremfor formelle kriterier som i beste fall vil være egnet til å avgjøre de mer innlysende tilfellene. Dette kan en tydelig lese ut av Sivilombudsmannens uttalelse vedrørende tildeling av småbåtplasser i en kommunal molo var regnet som enkeltvedtak: «Avgjersler gjort med heime i privat råderett er ikkje utøving av offentleg mynde når det gjeld spørsmål om å gi eller nekte offentlege tenester. Det krev særlege omstende for at slike avgjerder skal vera enkeltvedtak. Sentrale moment i denne vurderinga vil m.a. vere kva slags livsområde ein er på, kva formål og behov det offentlege freistar å dekkje gjennom bruken av råderetten, om det dreier seg om tildeling av gode som det er skort på, og kva slags motyting den private parten må svare.»⁴⁹

Lovgiver har nok hatt til hensikt at avgjørelser som hjemles i et særskilt offentlig rettsgrunnlag som regel skal omfattes av myndighetsbegrepet. Selv om det derfor som regel vil være snakk om offentlig myndighetsutøvelse når en avgjørelse treffes i kraft av lov, er dette likevel ikke ensbetydende med at avgjørelser som hjemles i det offentliges eierrådighet må utelukkes fra å være truffet under utøving av offentlig myndighet. Dette fremkommer av følgende uttalelse fra forarbeidene: «Det offentlige vil ofte være part i et privatrettslig

⁴⁸ Sammenlikn NUT 1958:3, side 6 og denne avhandlingens kapittel 2.3.2.

⁴⁹ SOMB-2009-4.

kontraktsforhold. Staten eller kommunene kan således selge eller leie fast eiendom, inngå kontrakt om bygging av hus eller anlegg etc. De beslutninger offentlige myndigheter treffer som part i slike kontraktsforhold, må naturligvis først og fremst bedømme etter kontraktsrettens regler. Men dette utelukker ikke at offentlige myndigheter også i slike forhold kan utøve offentlig myndighet, og at de beslutninger de treffer, kan bli å bedømme som forvaltningsvedtak» (min understreking).⁵⁰ Det samme er forutsatt i den ovenfor gjengitte uttalelsen fra Sivilombudsmannen og i annen praksis som jeg vil komme tilbake til nedenfor i kapittel 2.3. Frihagen må også forstås å legge dette til grunn når han uttaler følgende: «Avgjørelser med utgangspunkt i det offentliges eiendomsrett vil også gjerne falle utenfor [myndighetsbegrepet]. Dette kan likevel i noen grad avhenge både av at det er tale om vanlige privatrettslige formål en vil varetta og at det er tale om vanlig privatrettslig eiendomsrett og virkemidler».⁵¹

Dersom avgjørelsen hjemles i det offentliges eierrådighet, vil altså rettsgrunnlaget ikke alene være et godt nok avgrensningskriterium. Arten av det offentliges rettsgrunnlag vil riktignok være et relevant moment i vurderingen, og vil undertiden kunne si nokså mye om hva formålet med en avgjørelse vil være. Men i grensetilfellene vil en avgrensning basert på et mer generelt formåls- og behovskriterium (hvor også rettsgrunnlaget er relevant) være mye bedre egnet for å avgjøre om de bakenforliggende forutsetningene for å anvende saksbehandlingsreglene er til stede eller ikke.

I tilfeller hvor den offentlige virksomhet ligger i gråsonen mellom myndighetsutøving og forretningsvirksomhet eller annen tjenesteyting, vil man, på bakgrunn av det jeg har sagt til nå, kunne slå fast at en avgjørelse er truffet som ledd i «utøving av offentlig myndighet» når den:

- 1) Hovedsakelig forfølger samfunnsmessige eller ikke-kommersielle formål, og
- 2) Det samtidig er et reelt behov for å anvende forvaltningslovens rettssikkerhetsgarantier ved saksbehandlingen.

Dersom disse kriteriene oppfylles, vil avgjørelsen ha et mer offentligrettslig enn privatrettslig preg, og det er kun når avgjørelsen har et offentligrettslig preg at den innebærer utøving av

⁵⁰ NUT 1958:3, side 207.

⁵¹ Frihagen 1995, side 12.

offentlig myndighet.⁵² Svaret vil måtte bero på (noe så upresist som) en konkret vurdering av alle relevante momenter som sier noe om avgjørelsens formål og det reelle behovet for at forvaltningslovens rettssikkerhetsgarantier for saksbehandlingen skal komme til anvendelse.⁵³ Spesielt vil fastleggingen av formålet kunne bero på svært mange forhold. Nærmere om hvilke momenter det her vil kunne være snakk om og hvordan disse skal vurderes, vil jeg gjøre rede for i det følgende kapittel.

2.3 Nærmere om vurderingen av avgjørelsens formål og behovet for å anvende forvaltningslovens rettssikkerhetsgarantier

2.3.1 Formålet

Vurderingen av hva som er det fremtredende formål med en avgjørelse, vil kunne bero på en rekke ulike forhold. Spørsmålet vil derfor ofte måtte besvares på bakgrunn av en helhetlig vurdering. I det følgende vil jeg kommentere noen av forholdene som vil kunne ha betydning ved spørsmål om avgjørelsen har et fremtredende forretningsmessig formål.

Dersom avgjørelsen er regulert i lov, vil loven kunne sette rammene for hvilke formål avgjørelsen kan, og eventuelt må, forfølge. Loven kan ha en egen formålparagraf eller gi uttrykk for et spesifikt formål knyttet til en bestemt bestemmelse. Kan formålet ikke utledes av lovens ordlyd, må det utledes av forarbeidene eller andre relevante rettskildefaktorer.⁵⁴ Loven vil kunne legge opp til at det offentlige kun kan vektlegge samfunnsmessige hensyn, og som regel vil det da ikke være problematisk å slå fast at avgjørelsen hovedsakelig forfølger offentlige formål. Problemet oppstår der loven i tillegg legger opp til at det offentlige kan vektlegge egne private interesser, som for eksempel egen økonomisk fortjeneste. Hvorvidt det offentliges private interesser kan utgjøre hovedformålet med en avgjørelse, vil måtte bero på en tolkning av hjemmelsgrunnlaget og en vurdering av hvorvidt det å ivareta det offentliges private interesser, basert på avgjørelsens art, fremstår som det saklig sett sentrale formål.⁵⁵ Målet vil være å klarlegge de private og offentlige hensynenes innbyrdes vekt. Fremstår eksempelvis hensynet til det offentliges private interesser kun som et sidehensyn, og ikke et

⁵² Frihagen I, side 24.

⁵³ Se blant annet Frihagen I, side 27 og Smith 1978, side 132 og 136, Ørebech 1983, side 258 flg.

⁵⁴ Smith 2010, side 407.

⁵⁵ Eckhoff/Smith 2010, side 409 og Bernt 1978, side 272.

hovedhensyn, vil det ikke lovlig kunne utgjøre det dominerende hensynet bak avgjørelsen.⁵⁶ Det er summen av de bærende hensyn som vil avgjøre om avgjørelsen kan sies å forfølge hovedsakelig offentligrettslige eller privatrettslige formål.

Mer komplisert blir det derfor dersom hensyn som ivaretar det offentlige private interesser og hensyn som ivaretar samfunnsinteresser, etter tolkningen av hjemmelsgrunnlaget og avgjørelsens art, fremstår som likeverdige hovedformål. Den innbyrdes vektingen av de private og offentlige hensyn vil da tilhøre forvaltningens frie skjønn (diskresjonære kompetanse).⁵⁷ Spørsmålet om avgjørelsene forfølger offentligrettslige eller privatrettslige formål vil da vanskelig kunne besvares før avgjørelsen foreligger.

Slike situasjoner vil derfor tenkes å kunne by på praktiske utfordringer med hensyn til spørsmålet om det offentlige er pliktig til å anvende saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven kapittel IV–VI (eventuelt også VII). Poenget med saksbehandlingsreglene, særlig de i kapittel IV om saksforberedelse, er jo at disse skal komme til anvendelse under nettopp saksbehandlingen. Hvordan det offentlige faktisk vil komme til å vektlegge de private og samfunnsmessige hensynene dersom disse utgjør likeverdige hovedhensyn, vil nødvendigvis ikke være klart før langt ut i saksbehandlingsprosessen og kanskje heller ikke før like oppunder avgjørelsestidspunktet. Viser det seg da at avgjørelsen utelukkende forfølger samfunnsmessige formål og at den enkelte borger i tillegg har et reelt behov for at forvaltningslovens rettssikkerhetsgarantier for saksbehandlingen kommer til anvendelse, vil det offentlige på et så sent stadium i saksbehandlingen risikere å ha forsømt sentrale saksbehandlingsplikter knyttet til eksempelvis kontradiksjon, utredningsplikt, full offentlighet osv.

I tilfelle avgjørelsen hjemles i et rettsgrunnlag som i prinsippet er det samme som for private rettssubjekter (eierrådighet og avtalekompetanse) og avgjørelsen ikke på noen måte er regulert i lov, vil utgangspunktet være at det offentlige står fritt til å velge om det skal vektlegge samfunnshensyn eller hensyn som ivaretar dets egne private interesser – på samme måte som også private rettssubjekter ville kunne ha gjort. Hovedregelen er at det offentlige råderett over egen eiendom står i samme stilling som privates råderett.⁵⁸ Det faktum at en avgjørelse kan hjemles i et rettsgrunnlag som i prinsippet er det samme som for private rettssubjekter (eierrådighet og avtalekompetanse), vil som regel bidra til å gi den aktuelle avgjørelsen et

⁵⁶ Bernt 1978, side 306.

⁵⁷ Smith 2010, side 409 og Rt. 1996 s. 78, på side 86. Se også Boe 2000, hvor det hevdes at selv avgjørelser basert på diskresjonær kompetanse kan utgjøre enkeltvedtak.

⁵⁸ Graver 2015, side 207–208 og Rt. 1963 s. 1263 (Vinstra-dommen), øverst side 1268. Saken gjaldt riktignok innholdet i statens eiendomsrett til statsallmenninger, men prinsippet om at det offentlige har reell eiendomsrett må også gjelde som hovedregel for annen offentlig eiendom. Selv om dette er hovedregelen, vil det likevel ofte kunne medfølge begrensninger i råderetten på ulovfestet grunnlag som følge av eiendommens «særskilte karakter», jf. Bernt 2002, side 86. Se eksempelvis Rt. 2009 s. 1356, avsnitt 31, hvor Høyesterett konstaterer generelle begrensninger i det offentlige utøvelse av privatautonomi.

privatrettslig preg.⁵⁹ Samtidig foreligger det et solid rettskildemessig grunnlag for å hevde at avgjørelser med hjemmel i slike private rettsgrunnlag likevel vil kunne forfølge offentlige/samfunnsmessige formål, slik at avgjørelsene som treffes av det offentlige får et offentligrettslig preg. Dette vil jeg utdype i det følgende.

Arten av den eiendom eller de midler det offentlige disponerer over, kan tilsi at det offentliges råderett er underlagt særskilte begrensninger. Bernt uttaler eksempelvis at «[e]n del offentlig eiendom vil ha en slik særskilt karakter at kommunene og fylkeskommunene av den grunn ikke kan disponere like fritt over den som en privat eier. Dette vil for eksempel gjelde for offentlige veier, parker og havneanlegg».⁶⁰ Det samme uttrykkes av Eckhoff/Smith som uttaler at «det offentliges eiendomsrett til områder og anlegg som er beregnet til allment bruk, f.eks. veier, gater og torg, [er] undergitt særskilte begrensninger».⁶¹ Frihagen er også av denne oppfatningen, og uttaler at «[d]et forhold at statens og kommunens eiendom er bestemt til særlige formål kan føre til at det offentlige får mindre adgang til å fastsette restriksjoner på eiendommens bruk enn private i tilsvarende stilling».⁶²

At offentlig eiendom er bestemt til visse formål, vil kunne ha direkte betydning for spørsmålet om det offentlige utøver offentlig myndighet når det disponeres over den aktuelle eiendommen.⁶³ I Sivilombudsmannens årsmelding fra 1997 ble det uttalt at selv hvor det offentlige handler i kraft av sin avtalekompetanse eller eierrådighet vil «det offentliges handlingsgrunnlag også i større eller mindre grad kunne være preget av interesser av mer offentligrettslig art».⁶⁴ Uttalelsen knyttet seg til spørsmål om tildeling av kommunale boliger var «utøving av offentlig myndighet» etter forvaltningsloven. Tildelingen av de aktuelle boligene skjedde med grunnlag i kommunens eierrådighet over boligene, men hvem som fikk innvilget søknad om bolig ble bestemt etter sosiale og medisinske kriterier. Sivilombudsmannen kom til at slike avgjørelser innebar «utøving av offentlig myndighet» fordi ordningen med sosialboligene «i betydelig utstrekning [var] ment å skulle ivareta offentlige interesser» og fordi «[d]e rene forretningsmessige hensyn [...] ikke [syntes å være]

⁵⁹ JDLOV-1989-723.

⁶⁰ Bernt 2002, side 86.

⁶¹ Eckhoff/Smith 2010, side 373.

⁶² Frihagen I, side 155.

⁶³ Se imidlertid Østgård 2015, side 196 som hevder å «ikke [kunne] se at det spiller noen stor rolle om man klassifiserer [havnens beslutninger som utøving av offentlig myndighet], eller anser at havnens beslutninger er et utslag av privat autonomi underlagt særlige begrensninger».

⁶⁴ SOMB-1997-9.

særlig fremtredende». ⁶⁵ Selv om søkerne måtte betale boligleie som lå i området for markedspris, var altså ikke de kommersielle hensynene fremtredende ved det offentliges utleievirksomhet. Men det er nettopp hvor det offentlig yter samfunnsviktige fellestjenester mot en form for vederlag at det vil kunne være problematisk å avgjøre hvilket formål som er fremtredende.

At det offentlige yter landsdekkende post- og teletjenester, produserer strøm, yter helsetjenester, bygger ut og drifter infrastruktur, yter gunstige lån, står for vin- og brennevinssalg og drifter radio- og TV-kanaler, begrunnes langt på vei ut fra ikke-kommersielle hensyn som søker å ivareta viktige samfunnsinteresser: Man ønsker å sikre et visst tilbud av varer og tjenester eller ha kontroll over innholdet og omsetningsmåter av sådanne, skape arbeidsplasser og opprettholde sysselsetting osv. ⁶⁶ Samtidig tilbyr myndighetene slike fellestjenester ofte ved deltakelse på markedet – noen ganger som monopolister, men oftest som aktører i reell konkurranse med private hvor tjenestene tilbys til markedspris. Ved slikt markedsengasjement vil det offentlige i ulik grad måtte kunne forfølge formål som ivaretar egne kommersielle interesser tillegg til å forfølge ikke-kommersielle formål. Komiteen og departementet har vært klar over dette og uttaler at «man har [...] mange grenseområder hvor offentligrettslige hensyn kommer sterkt i forgrunnen ved siden av forretningsformålene». ⁶⁷

En må imidlertid ha i mente at ett og samme offentlig organ kan ha ulike funksjoner som forfølger vidt forskjellige formål. I slike tilfeller er det viktig at man, i vurderingen av formålet, *ikke* tar utgangspunkt i organets hovedvirksomhet, men i den funksjon som virksomheten utøver når den treffer den aktuelle avgjørelsen. Typisk vil Avinor AS, som hovedsakelig driver forretningsbasert virksomhet, ha en klar funksjon som utøver av offentlig myndighet når det eksempelvis nekter et luftfartøy å lande på grunn av sikkerhetsmessige hensyn.

Hvordan en skal trekke grensen mellom offentlig myndighetsutøvelse og forretningsdrift der den offentlige virksomhet forfølger både kommersielle og ikke-kommersielle formål, har vært gjenstand for grundig diskusjon i rettslitteraturen. Når det oppstår spørsmål om hvorvidt avgjørelser truffet som ledd i offentlig tjenesteytelse har et fremtredende forretningsmessig

⁶⁵ SOMB-1997-9.

⁶⁶ Graver 2007, side 56–57.

⁶⁷ Ot.prp. nr. 38 (1964–65), side 23.

formål, er det som regel i forbindelse med at det offentlige krever en form for økonomisk kompensasjon for ytelsen. Smith hevder «at det ikke kan komme på tale å se en avgjørelse som et ledd i forretningsvirksomhet hvis den ikke på noen måte er betinget av økonomisk vederlag». ⁶⁸ Man kan nemlig vanskelig omtale en avgjørelse som forretningsmessig begrunnet dersom rettsforholdet mellom det offentlige og den private ikke innebærer en viss form for gjensidighet. Smith tar derfor til orde for at grensedragningen mellom offentlig myndighetsutøvelse og forretningsdrift må baseres på en vurdering av om det offentliges opptreden samlet sett fremstår som *utveksling* av goder eller *fordeling* av goder. ⁶⁹ Dersom «det reelle forhold mellom partene [er] preget av klar gjensidighet, f.eks. fordi det eksisterer en rimelig balanse mellom ytelse og motytelse», vil det etter hans mening ikke være aktuelt å anse det offentliges avgjørelser som vedtak. ⁷⁰ Woxholth er langt på vei enig, men fremhever at hvor den offentlige tjeneste først er betinget av en viss motytelse fra den private, må det «mye til før det kan sies at [avgjørelsen] gjelder utøvelse av offentlig myndighet». ⁷¹

Et minstekrav om motytelse bidrar til å utelukke en rekke avgjørelsestyper fra å være truffet som ledd i forretningsvirksomhet, ettersom mangel på motytelse utelukker at avgjørelsen har som formål at goder skal *utveksles*. Først og fremst utelukkes avgjørelser som treffes av myndighetene når disse opptrer i rollen som øvrighet: Inngripende avgjørelser overfor borgerne vil naturligvis ikke være betinget av at borgeren yter noe tilbake. Det vil derfor aldri være kommersielle formål som begrunner statens maktbruk over borgerne. For det andre utelukkes avgjørelser om rene tildelinger av offentlige goder til borgerne fra å bli ansett som forretningsvirksomhet. Denne avgrensningen vil for øvrig være i tråd med Høyesterett som uttaler at det er «lite tvilsomt at utbetaling av stønad fra folketrygden er enkeltvedtak etter forvaltningsloven» og komiteens forutsetning om at avgjørelser «om stønad, om offentlige ytelser, fordeler eller andre offentlige goder som på de enkelte forvaltningsområder er stilt til disposisjon for bestemte formål» innebærer utøvelse av offentlig myndighet. ⁷²

Sivilombudsmannen uttalte også i årsmelding fra 1997 at hvor «vederlaget dekker det offentliges reelle utgifter [slik at tjenesten] ikke kan sies å være subsidiert av det offentlige, blir det [...] normalt tale om forretningsvirksomhet og ikke myndighetsutøvelse». ⁷³ Det er ut

⁶⁸ Smith 1979, side 118.

⁶⁹ Smith 1984, side 60.

⁷⁰ Smith 1984, side 87.

⁷¹ Woxholth 2011, side 90 med henvisninger til praksis fra Sivilombudsmannen og Lovavdelingen.

⁷² Henholdsvis Rt. 2002 s. 19, på side 34 og NOU 1958:3, side 3.

⁷³ SOMB-1997-9.

fra dette naturlig å anta at jo større vederlaget er i forhold til de reelle utgiftene knyttet til tjenesten, desto mer fremtredende er det kommersielle formål. Er det offentliges tjeneste betinget av fullt vederlag, må det altså foreligge tungtveiende argumenter for å konkludere med at det aktuelle rettsforhold hovedsakelig forfølger ikke-kommersielle formål. Slike argumenter vil kunne utledes av karakteren av det spørsmålet avgjørelsen dreier seg om, andre forhold som kan si noe om avgjørelsens formål og forholdet mellom partene for øvrig.⁷⁴

Det må likevel understrekes at man ikke kan utelukke at en avgjørelse innebærer offentlig myndighetsutøvelse selv hvor det ytes vederlag oppunder markedspris. Tilsynelatende gjensidige avtaler vil kunne utgjøre vedtak så lenge situasjonen samlet sett har et «tilstrekkelig sterkt preg av myndighetsutøvelse».⁷⁵ Dette kan eksempelvis være tilfelle hvor en tildeling av et gode skjer mot markedsmessig betaling, men at selve tildelingen gjøres på bakgrunn av kriterier som forfølger offentlige formål.

Dette kommer tydelig til uttrykk i en uttalelse fra Sivilombudsmannen i en sak som gjaldt hvorvidt avgjørelser om utleie av kommunale boliger var truffet under utøvelse av offentlig myndighet. Til tross for at det ble avtalt husleie som var tilnærmet markedspris, var «[d]e rene forretningsmessige hensyn [...] ikke særlig fremtredende» fordi utleieordningen av de kommunale boligene «i betydelig utstrekning [var] ment å skulle ivareta offentlige interesser».⁷⁶ Avgjørelsene om å leie ut boligene ble derfor ansett å være truffet under utøving av offentlig myndighet.

I en annen sak hos Sivilombudsmannen var det spørsmål om fylkeskommunens avgjørelse om å tildele elever internatplasser ved en skole var utøving av offentlig myndighet. Også her skulle det betales et vederlag for den enkelte internatplassen som lå i sjiktet like under markedsleien på boligmarkedet. Men siden internatplassene utgjorde et knapphetsgode for den enkelte søker, mente Sivilombudsmannen at internatordningens preg av forretningsvirksomhet kom i skyggen av de rettssikkerhetsmessige hensyn som gjorde seg gjeldende. Avgjørelsene om å tildele internatplass ble derfor ansett å være truffet under utøving av offentlig myndighet.⁷⁷

⁷⁴ Smith 1984, side 87.

⁷⁵ Smith 1979, side 136 flg. og Smith 1984, side 85 flg.

⁷⁶ SOMB-1997-9.

⁷⁷ SOM-2012-460.

I saken inntatt i RG 1983 s. 773 fant lagmannsretten det ikke tvilsomt at kommunens salg av boligtomter var utslag av offentlig myndighetsutøvelse. Selv om boligtomtene ble solgt til en pris som lå oppunder kostpris, mente retten at kommunens tomteomsetning hadde en helt annen karakter enn forretningsvirksomhet fordi tildelingen av boligene skjedde ut fra sosiale og andre samfunnsmessige hensyn.⁷⁸

Selv hvor en avtale mellom det offentlige og borgeren har et innholdet som isolert sett tilsier at det utveksles goder på forretningsmessig grunnlag, bør en ikke umiddelbart utelukke at avgjørelsen om å inngå avtalen er truffet under utøving av offentlig myndighet. For dersom det offentlige har kompetanse til å binde borgeren ensidig, men istedenfor velger å ikke disposisjonen en avtaledrakt, vil «avtalen» i realiteten kunne innebære en maktutøvelse overfor borgeren som gir den tilstrekkelig sterkt preg av myndighetsutøvelse. Dersom det offentlige eksempelvis inngår avtale om å kjøpe en eiendom av en privatperson til markedspris, vil avtalen kunne ligge svært tett opp til ikke-anvendelsen av en ekspropriasjonshjemmel, slik at avtalen på denne måten fjerner seg fra et rent forretningsmessig formål.⁷⁹ Selv om akkurat dette eksempelet er noe omdiskutert, er det likevel klart at det offentliges valg av avtaleform eller betingelse om motytelse ikke vil være avgjørende for hvilke saksbehandlingsregler som kommer til anvendelse.⁸⁰

For at det skal være snakk om avgjørelser med et forretningsmessig fremtredende formål vil det, på bakgrunn av det jeg til nå har vist, være en forutsetning at den offentlige tjenesteytelse er betinget av en viss motytelse fra den private. Men som vi har sett, kan andre offentlige hensyn kan likevel komme i forgrunnen. At det offentliges tjeneste er *betinget* av en motytelse, innebærer at dersom den private part ikke aksepterer eller oppfyller sin ytelse, så vil virkningen av dette være at den private ikke mottar den aktuelle tjenesten. Tar vi utgangspunkt i den ovenfor nevnte retts- og forvaltningspraksis, er det klart at den private part ikke ville fått leie kommunal bolig, fått kjøpe kommunal tomt, eller fått bo på internatbyel dersom vederlaget for dette ikke ble betalt. Men dersom manglende oppfyllelse av den private ytelse ikke utløser den virkning at det offentlige kan holde tilbake sin ytelse, kan det offentliges ytelse ikke sies å være *betinget* av den privates motytelse. Dette vil eksempelvis være tilfelle hvor det offentlige er underlagt en lovpålagt plikt til å yte en tjeneste. Selv om

⁷⁸ RG 1983 s. 773, fra side 784–786.

⁷⁹ Aasebø 2003, side 81. Se imidlertid Eckhoff/Smith 2010, side 277 og Bernt 1981, side 37 som sår tvil om dette fordi ekspropriasjonsadgang er noe det offentlige «i praksis så å si alltid vil ha».

⁸⁰ Smith 1984, side 108.

det offentlige *kan* ta betalt for tjenesten, vil en manglende oppfyllelse av den private motytelse ikke kunne begrense det offentliges plikt til å yte tjenesten, med mindre loven selv eller et annet gyldig rettsgrunnlag åpner opp for at betalingsmislighold fra den private kan begrunne en slik begrensning av plikten til å yte. Åpnes det ikke opp for en slik begrensning, må motytelsen da holdes utenfor vurderingen av om det offentlige utøver offentlig myndighet.

Dette poenget illustreres i en uttalelse fra Lovavdelingen hvor den private mislighold av et offentlig biblioteks utlånsreglement ble ansett som gyldig grunn for å frata brukeren utlånsretten.⁸¹ Brukeren ble fratatt utlånsretten til tross for at biblioteket hadde en lovbestemt plikt til «å stille bøker og annet materiale gratis til disposisjon for alle som bor i landet», jf. folkebibliotekloven § 1. Lovavdelingen kom til at rettsforholdet mellom brukeren og biblioteket var avtalebasert, og at brukeren hadde akseptert utlånsreglementet på avtalemessig grunnlag. Siden rettigheten til utlånet var privatrettslig betinget, ville biblioteket også kunne sanksjonere misligholdet på bakgrunn av privatrettslige regler. Lovavdelingen uttalte at «selv om det ligger et samfunnsmessig formål bak folkebibliotekenes utlånsvirksomhet som sådan, forfølger sanksjonene mot mislighold av lånereglene, som er nedfelt i utlånsreglementet, andre og privatrettslige formål, nemlig vern om eiendomsretten til bøkene» og videre at «rettighetstapet har et privatrettslig og avtalemessig grunnlag, slik at en eventuell lovhjemmel [for å begrense plikten til å yte bibliotekstjenester] er overflødig». Til slutt uttaler Lovavdelingen at «dersom utlånsreglementet hypotetisk sett hadde inneholdt regler om hvem som i utgangspunktet har lånerett og disse reglene var fastsatt i kraft av en lovhjemmel, antar vi derimot at det kunne vært riktig å se det slik at utlånsreglementet var fastsatt «under utøving av offentlig myndighet»». Det avgjørende for Lovavdelingens konklusjon om at avgjørelsen om å frata brukeren utlånsrett falt utenfor myndighetsbegrepet, var altså at sanksjonsgrunnlaget var avtalebasert. Hadde sanksjonsgrunnlaget hatt hjemmel i lov eller i forskrift (med hjemmel i lov), ville avgjørelsen kunne ha innebåret «utøving av offentlig myndighet».

Spørsmålet om kommunale havners havnetjenester kan sies å være *betinget* av en motytelse i form av betaling fra fartøyene, aktualiseres idet mottakplikten i havneloven § 39 innebærer en «leveringsplikt» på havnetjenester. Samtidig har havnene en rett til å ta betalt for de havnetjenester den tilbyr fartøyene, jf. § 42 4. ledd. Forarbeidene forutsetter likevel at manglende betaling fra fartøyet ikke vil kunne begrense havnens plikt til å levere havnetjenester til fartøyet. Det er derfor ikke lett å anse kommunale havners havnetjenester for å være

⁸¹ JDLOV-2001-10197.

betinget av motytelse fra fartøyet, selv om havnen naturlig nok vil ha et selvstendig krav på betaling som det også kan forfølge etter privatrettslige regler i den utstrekning de ikke strider med mottakplikten.

2.3.2 Behovet for anvendelsen av forvaltningslovens saksbehandlingsregler

Forarbeidene gir liten veiledning med tanke på hvilke kriterier man skal vurdere den enkelte borgers reelle behov for anvendelse av forvaltningslovens saksbehandlingsregler etter, eller hvor sterkt dette behovet må være for at det skal tale for at avgjørelsen har et offentligrettslig preg. Hovedbudskapet i forarbeidene er at selv om en avgjørelse vil kunne ha betydning for den enkelte borger, vil det kun være *reelt behov* for å anvende saksbehandlingsreglene hvor det offentlige handler offentligrettslig.⁸² Dette er jo nokså naturlig, men også til nokså liten hjelp for spørsmålet om hvordan grensdragningen mellom forvaltningens privatrettslige og offentligrettslige disposisjoner skal trekkes. Disse forarbeidsuttalelsene må likevel forstås dit hen at behovet for anvendelse av forvaltningslovens saksbehandlingsgarantier ikke alene vil bero på hvor viktig saken stiller seg for den enkelte borger. En forutsetning for at det offentlige handler offentligrettslig er jo, som angitt ovenfor, at de aktuelle disposisjoner hovedsakelig forfølger offentlige formål. Det er i dette lys man også må forstå komiteens uttalelse om at «[s]ærlig på områder hvor den offentlige forretningsvirksomhet har en monopolartet karakter, kommer betydningen av en betryggende saksbehandling og kontroll i saker som berører den enkelte, sterkt i forgrunnen».⁸³ Man er derfor gjerne nødt til å vurdere avgjørelsens betydning for den enkelte borger *etter* at man har slått fast at avgjørelsen forfølger offentlige formål. For selv hvor betydningsfull avgjørelsen vil måtte være for den enkelte borger, vil det ytterst sjelden kunne sies å være et reelt behov for å anvende forvaltningslovens rettsikkerhetsgarantier for saksbehandlingen dersom avgjørelsen hovedsakelig forfølger det offentliges private formål.⁸⁴ Den enkelte borgers rettssikkerhet vil da som regel ivaretas gjennom de privatrettslige krav til redelighet, lojalitet og god tro og andre skranker for offentlig virksomhet, eksempelvis misbrukslæren.⁸⁵

Spørsmålet er så hvor sterkt behovet for å anvende forvaltningslovens saksbehandlingsregler må være for at det skal tale for at avgjørelsen (som hovedsakelig forfølger offentlige formål)

⁸² Ot.prp. nr. 38 (1964–1965), side 32, jf. NUT 1958:3, side 432.

⁸³ NUT 1958:3, side 3.

⁸⁴ Se imidlertid Bernt 2014, note 52 som uttrykker at forvaltningslovens saksbehandlingsregler bør kunne gis analogisk anvendelse i tilfeller hvor det ikke er snakk om vedtak, men det likevel gjør seg gjelde særlige behov for rettssikkerhetsgarantier ved saksbehandlingen.

⁸⁵ Boe 2002, side 115 og Hopsnes 2013.

har offentligrettslig preg. Et generelt ønske om at forvaltningen skal foreta en betryggende og grundig saksbehandling er ikke nok i seg selv. Bernt antar at kapitlene IV–VI, eventuelt også kapittel VII, vil kunne anvendes analogisk på avgjørelser som ikke gjelder vedtak dersom «det etter de konkrete forhold er særlig behov for dette ut fra generelle krav til forsvarlig saksbehandling».⁸⁶ Dersom de ulovfestede krav til forsvarlig saksbehandling gjør seg gjeldende på bakgrunn av det konkrete tilfelle, vil en altså med stor sikkerhet kunne fastslå at det vil eksistere et reelt behov for å la forvaltningslovens saksbehandlingsregler komme til anvendelse.⁸⁷

I sin vurdering av om det er reelt behov for å anvende forvaltningslovens rettssikkerhetsgarantier hvor statsbankene treffer avgjørelser, fremhever Ørebech avgjørelsens store betydning for de private og om det er tale om et knapphetsgode: «Lån og tilskott i [Statens Fiskarbank] er «alfa og omega» for fiskere som ønsker å anskaffe fiskefartøy. [Sammenholdt med] [d]en store konkurranse om midlene gjør at rettssikkerhetsgarantiene i forvaltningsloven klart bør komme til anvendelse ved saksbehandlingen i [Statens Fiskarbank]». Det samme kommer til uttrykk i Sivilombudsmannens uttalelse hvor han drøfter hvorvidt det er behovet for å la forvaltningslovens rettssikkerhetsgarantier for saksbehandlingen komme til anvendelse ved kommunens avgjørelser om å tildele kommunale sosialboliger. Sivilombudsmannen kom til at avgjørelsene hadde stor betydning for den enkelte og at «[b]ehovet for at forvaltningslovens rettssikkerhetsgarantier gis anvendelse synes ut fra dette å være fremtredende når det gjelder tildeling av slike knapphetsgoder det her er tale om».⁸⁸ Sivilombudsmannen uttalte også at forvaltningslovens rettsikkerhetsgarantier burde komme til anvendelse ved behandling av søknad om internatplass fordi slik plass utgjorde et knapphetsgode.⁸⁹ På bakgrunn av disse eksemplene (som vel å merke ikke er egnet til å klarlegge den nedre grense for hvor sterkt behovet må være) vil det tale sterkt for at det eksisterer et reelt behov for å la forvaltningslovens saksbehandlingsregler komme til anvendelse hvor den aktuelle avgjørelse er bestemmende for rettigheter eller plikter av *grunnleggende* betydning for den enkelte borger, enten dette er fysiske personer eller juridiske personer. Har avgjørelsen således betydning for hvorvidt et rederi vil kunne drive

⁸⁶ Bernt 2014, note 52.

⁸⁷ De ulovfestede krav til forsvarlig saksbehandling bygger blant annet på avgjørelsene i Rt. 1967 s. 644 (relegasjon II), Rt. 1990 s. 874 (Fusa), Rt. 1990 s. 861 (Henjum), Rt. 1991 s. 282 (Borettslaget Bjørn Stallaresvei), Rt. 1981 s. 745 (Isene), Rt. 2000 s. 1056 (Gausi), Rt. 2000 s. 1066 (Skotta), Rt. 1950 s. 1124 (relegasjon I), Rt. 1961 s. 910 (Aktieselskapet Børresen), Rt. 1965 s. 679 (Nordhuus), Rt. 1991 s. 424 (Lervik) og Rt. 1977 s. 1035 (sykejournal).

⁸⁸ SOMB-1997-9.

⁸⁹ SOM-2012-460.

økonomisk virksomhet fra en havn eller ikke, vil dette forhold, sammenholdt med at offentlige havner er et knapphetsgode, tilsi at avgjørelsen er av så stor betydning for rederiet at det vil være et reelt behov for å la forvaltningslovens rettsikkerhetsgarantier for saksbehandlingen komme til anvendelse.

2.4 Vil rettsgrunnlaget likevel kunne være avgjørende?

Etter dette fremstår det som noe forunderlig at det stedvis i nyere forvaltningsteori hevdes at avgrensningen av myndighetsbegrepet i forvaltningsloven § 2 1. ledd a) kan «avgjøres negativt ut fra rettsgrunnlaget» slik at det «altså ikke [vil være tale om] myndighetsutøvelse når forvaltningen f.eks. i kraft av en privat handleevne utøver myndighet», slik Graver uttrykker det.⁹⁰ Avgjørende for ham er om det offentlige utleder normeringskompetansen fra et *særskilt offentlig* rettsgrunnlag. Gjøres ikke det, står man heller ikke overfor offentlig myndighetsutøvelse, etter hans mening.⁹¹

På bakgrunn av det som fremgår i kapittel 2.2 vil Gravers negative avgrensning ikke være forenlig med forarbeidsuttalelsene om at «[i] enkelte tilfelle har myndighetutøvelsen ikke direkte eller uttrykkelig lovhjemmel, men vedtaket innebærer likevel en utøvelse av offentlig myndighet» og at «at offentlige myndigheter [...] kan utøve offentlig myndighet» selv om «[d]et offentlige [er] part i et privatrettslig kontraktsforhold».⁹²

Gravers negative avgrensning av myndighetsbegrepet er også kritisert av Eckhoff/Smith som uttaler at hans standpunkt her er «til dels misvisende».⁹³ Gravers avgrensning er heller ikke i tråd med Frihagen som uttaler at selv om en avgjørelse treffes med utgangspunkt i det offentliges eiendomsrett, vil en konklusjon om at det offentlige ikke utøver offentlig myndighetsutøvelse «avhenge både av at det er tale om vanlige privatrettslige formål en vil vareta og at det er tale om vanlig privatrettslig eiendomsrett og virkemidler».⁹⁴

Dessuten er en slik negativ avgrensning som Graver tar utgangspunkt i ikke i tråd med det avgrensningskriterium som er anvendt i rettspraksis og solid forvaltningspraksis, jf. kapittel 2.3. Dette fremkommer blant annet nokså tydelig av Lovavdelingens uttalelse om at selv om

⁹⁰ Graver 2015, side 374.

⁹¹ Graver 2015, side 374.

⁹² Jf. NUT 1958:3, side 3 og 207.

⁹³ Eckhoff/Smith 2010, side 277,

⁹⁴ Frihagen 1995, side 12.

«nøyaktig den samme disposisjonen kan foretas av private parter» vil «disposisjon[en] foretatt av det offentlige [kunne anses] som utslag av offentlig myndighet» dersom «særskilte holdepunkter» taler for det.⁹⁵ Den negative avgrensningen er heller ikke i tråd med den nokså ferske saken hos Sivilombudsmannen om tildeling av internatplass. Sivilombudsmannen uttaler her at han «finner det ikke avgjørende at avgjørelse om tildeling av internatplasser ikke har grunnlag i lov eller forskrift».

Samtidig uttaler Sivilombudsmannen, med henvisning til Woxholth⁹⁶, at «tiltak som har sitt grunnlag i det offentliges eiendomsrett, som regel faller utenfor området for myndighetsutøvelse. Dersom avgjørelsen bygger på den offentligrettslige myndighet organet har eller er blitt tildelt gjennom lov, forskrift eller annet gyldig kompetansegrunnlag, foreligger det offentlig myndighetsutøvelse».⁹⁷

Det er altså klart at dersom det offentlige bygger på myndighet som det er blitt *tildelt* gjennom lov, så vil det være tale om offentlig myndighetsutøvelse. Dette utelukker imidlertid ikke at avgjørelser som bygger på en kompetanse som det offentlige ikke er blitt tildelt gjennom lov/forskrift kan være utøving av offentlig myndighet. Dette stadfestes nettopp av Sivilombudsmannen i den nevnte sak.

Etter dette blir Gravers negative avgrensning av myndighetsbegrepet etter min oppfatning for lite nyansert, spesielt for tilfeller som grenser mot forretningsvirksomhet hvor eierrådigheten ofte utgjør rettsgrunnlaget.

Jeg vil likevel knytte et par kommentarer til det rettskildemessige grunnlag for Gravers standpunkt om at rettsgrunnlaget vil være egnet til å gi svar på om en avgjørelse er å anse som offentligrettslig myndighetsutøvelse i grensetilfellene mot forretningsvirksomhet.

For å illustrere rettsgrunnlagets betydning for spørsmålet om en avgjørelse er offentlig myndighet eller ikke, viser Graver til to uttalelser fra Lovavdelingen som begge omhandler Luftfartsverkets regulering av privates rettigheter og plikter på flyplasser. Første uttalelse gjaldt hvorvidt Luftfartsverkets ordning om å kreve vandelsattest for å avgjøre om ansatte skulle få tilgang til høysikkerhetssoner på flyplasser var «utøving av offentlig myndighet»

⁹⁵ JDLOV-1996-9972

⁹⁶ Woxholth 2011, side 80.

⁹⁷ SOM-2012-460.

etter forvaltningsloven § 2.⁹⁸ Lovavdelingen konkluderte med at Luftfartsverkets avgjørelse ikke var å anse som «utøving av offentlig myndighet». Graver fremstiller Lovavdelingens begrunnelse på følgende måte: «Lovavdelingen kom til at dette kravet kunne Luftfartsverket stille i kraft av sin posisjon som eier av norske flyplasser, og det var derfor ikke et enkeltvedtak» (min understreking).⁹⁹ På denne måten gir Graver inntrykk av at det på ingen måte kunne være snakk om offentlig myndighetsutøvelse ettersom adgangsordningen kunne hjemles i Luftfartsverkets eierrådighet.

Riktignok fremgår det av den aktuelle uttalelsen fra Lovavdelingen at «[a]vgjørelser med utgangspunkt i det offentliges eiendomsrett [...] i regelen ikke [er] enkeltvedtak».¹⁰⁰ Dette er imidlertid kun Lovavdelingens utgangspunkt.¹⁰¹ Av vurderingen som Lovavdelingen foretar, fremkommer det likevel tydelig at det her er snakk om et grensetilfelle og at et svar ikke nødvendigvis vil kunne avgjøres kun på bakgrunn av hvilket rettsgrunnlag Luftfartsverket hjemler avgjørelsen i. Selv om det ikke fremkommer uttrykkelig av uttalelsen hvilket avgrensingskriterium Lovavdelingen legger til grunn for vurderingen, fremgår det tydelig at det blant annet ble lagt vekt på formålet med å innføre adgangsordningen og de enkelte ansattes reelle behov for å la forvaltningslovens rettssikkerhetsgarantier for saksbehandlingen komme til anvendelse.¹⁰² Dette fremkommer blant annet ved at Lovavdelingen uttaler at «[m]an kan si at ordningen først og fremst er motivert ut fra offentligrettslige behov. For den enkelte som blir nektet adgangskort, kan dessuten avgjørelsen ha store konsekvenser [...]. Dette kan tale for å la saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven, med de rettssikkerhetsgarantier som ligger i det, komme til anvendelse».¹⁰³ Begrunnelsen for at Lovavdelingen ikke konkluderte med at det var et tilfelle av utøving av offentlig myndighet, var at adgangsordningen ikke først og fremst var innført for å ivareta samfunnsmessige sikkerhetsinteresser. Adgangsordningen var hovedsakelig innført for å ivareta sikkerheten inne på Luftfartsverkets egne områder. Det var med andre gjort av hensyn til Luftfartsverkets private eierinteresser. Om dette uttalte Lovavdelingen at «[v]i antar videre at Luftfartsverket

⁹⁸ JDLOV-1989-723.

⁹⁹ Graver 2007, side 407.

¹⁰⁰ JDLOV-1989-723.

¹⁰¹ Se Frihagen 1986, side 48. Se også forvaltningspraksis som omhandles nedenfor.

¹⁰² JDLOV-1989-723, avsnitt 5.

¹⁰³ JDLOV-1989-723.

ville ha praktisert adgangskortordninger til «sine» områder på flyplassen, selv om det ikke hadde hatt det offentligrettslige ansvar for flysikkerheten» (min understreking).¹⁰⁴

Fordi adgangsortningen gjaldt Luftfartsverkets egne områder, antok Lovavdelingen at ordningen (i henhold til legalitetsprinsippet) «også [kunne] innføres i kraft av eiendomsretten til områdene». Dette «[var] med på å gi ordningen et privatrettslig preg» (min understreking).¹⁰⁵ At Lovavdelingen påpekte at Luftfartsverket kunne hjemle den aktuelle kontrollordningen i eierrådigheten, var altså bare et av flere *momenter* i denne helhetlige vurderingen som til slutt viste at avgjørelsen hadde et mer privatrettslig enn offentligrettslig preg. Det er altså ikke tvilsomt at dersom det offentlige kompetanse utledes fra eierrådigheten, så vil dette i seg selv være et argument for å anse avgjørelsens som privatrettslig. Men det er altså ikke et avgjørende moment. Hvis det hadde vært slik Graver hevder, at en normering aldri kan innebære offentlig myndighetsutøvelse dersom den hjemles i eierrådigheten, ville Lovavdelingen kunne begrunnet uttalelsen ved å konstatere at den aktuelle kontrollordningen med adgangskort kun gjaldt Luftfartsverkets egne områder, og så vurdert om adgangsortningen hadde tilstrekkelig hjemmel i eierrådigheten i henhold til legalitetsprinsippet.

Lovavdelingen kan imidlertid ikke ha vært av en slik oppfatning som Graver forespeiler. Som vist ovenfor foretok Lovavdelingen en helhetlig vurdering av både formålet med adgangsortningen og det reelle behovet for å la forvaltningslovens saksbehandlingsregler komme til anvendelse. Dersom Lovavdelingen hadde kommet til at Luftfartsverket ikke ville ha praktisert tilsvarende adgangsortning dersom det var fritatt fra det offentligrettslige ansvar for flysikkerheten, ville Lovavdelingen etter sigende også ha kommet til at begrunnelsen for å ha en slik ordning var hovedsakelig å ivareta offentlige interesser. Da er det også nærliggende å anta at den ville ha kommet til at avgjørelsen om å innføre adgangsortningen innebar utøving av offentlig myndighet. Og dette til tross for at adgangsortningen etter legalitetsprinsippet kunne vært innført i kraft av Luftfartsverkets eierrådighet over områdene. Hvis det ikke skulle kunne være mulig å komme til at en avgjørelse, som kan hjemles i eierrådigheten, samtidig er offentlig myndighetsutøvelse, er det i så fall noe uforståelig ved at Lovavdelingen vier såpass stor plass på å vurdere formålet med adgangsortningen og det reelle behovet for at forvaltningslovens saksbehandlingsregler skal komme til anvendelse.

¹⁰⁴ JDLOV-1989-723.

¹⁰⁵ JDLOV-1989-723.

Etter min oppfatning vil en avgjørelse, som etter legalitetsprinsippets kriterier lovlig kan hjemles i et privatrettslig rettsgrunnlag (eksempelvis det offentliges eiendomsrett), måtte kunne ha som hovedformål å ivareta samfunnsinteresser og i tillegg ha en slik betydning for private at det gjør seg gjeldende et reelt behov for at forvaltningslovens rettsikkerhetsgarantier for saksbehandlingen skal komme til anvendelse. Det er således ikke bare i tilfeller hvor det offentlige hjemler avgjørelsen i et særskilt offentlig rettsgrunnlag, at avgjørelsen kan forfølge offentligrettslige formål og at behovet for rettsikkerhetsgarantier kan oppstå.

I en senere uttalelse bekrefter nettopp Lovavdelingen at en avgjørelse kan anses som utøving av offentlig myndighet selv om den ikke hjemles i et særskilt offentlig rettsgrunnlag.¹⁰⁶ Lovavdelingen uttaler at etter deres «mening må det i utgangspunktet kreves særskilte holdepunkter for å anse en disposisjon foretatt av det offentlige som utslag av offentlig myndighet – og dermed som enkeltvedtak etter forvaltningsloven – dersom nøyaktig den samme disposisjonen kan foretas av private parter. Slike holdepunkter kan tenkes å foreligge i et regelverk for den aktuelle disposisjon, i en fast forvaltningspraksis eller i viktige reelle hensyn» (min understreking).¹⁰⁷ At det i slike tilfeller må kreves særskilte holdepunkter for å anse avgjørelsen som truffet under utøving av offentlig myndighet, er jeg helt enig med Lovavdelingen i. Slike holdepunkter vil, som jeg har prøvd å få frem så langt, måtte si noe om hvorvidt avgjørelsens hovedformål forfølger offentlige interesser og om det er et reelt behov for å la forvaltningslovens saksbehandlingsregler komme til anvendelse. Uttalelsen er uansett interessant i den forstand at den prinsipielt sett slår ben under påstanden om at det offentlige må hjemle avgjørelsen i et særskilt offentlig rettsgrunnlag for at avgjørelsen skal kunne innebære utøving av offentlig myndighet.

Etter dette blir det, slik jeg ser det, misvisende av Graver å ta Lovavdelingens uttalelse i den nevnte saken om Luftfartsverket til inntekt for en påstand om at hjemmel i et privatrettslig kompetansegrunnlag vil utelukke offentlig myndighetsutøvelse.

I den andre uttalelsen som Graver mener er illustrerende for sitt standpunkt, konkluderte Lovavdelingen motsatt.¹⁰⁸ Luftfartsverkets regulering av de ansattes adgang til forskjellige deler av Fornebu lufthavn var her «utøving av offentlig myndighet». Om begrunnelsen uttaler Graver at «Luftfartsverket hadde kompetanse til en slik regulering i den dagjeldende

¹⁰⁶ JDLOV-1996-9972.

¹⁰⁷ JDLOV-1996-9972.

¹⁰⁸ JDLOV-1991-755.

luftfartslov § 96 uavhengig av eierforholdene til flyplasser, og utøvde i dette tilfellet derfor offentlig myndighet» (min understreking).¹⁰⁹

I denne saken kommer Lovavdelingen med tydelig uttalelser om at dersom avgjørelser treffes på bakgrunn av en kompetanse som det offentlige er tildelt gjennom lov, så vil det være snakk om offentlig myndighetsutøvelse. Lovavdelingen uttaler følgende: «Vi finner det imidlertid ikke nødvendig å ta stilling til om regulering av ferdselen på Fornebu kunne ha vært gjennomført med hjemmel i eierrådigheten. Vi finner det tilstrekkelig å peke på at det er gitt lovhjemmel for regulering av ferdselen i luftfartsloven § 96, og at det er i medhold av denne hjemmelen ferdselen er regulert. Når lovregulering er gjennomført, må det antas at det ikke kan gripes inn i kraft av eierrådigheten i den myndighet som utøves med hjemmel i lov (jf Eckhoff: Forvaltningsrett 3 utg 1989 s 151). Utgangspunktet blir etter dette at regulering av ferdselen må skje med hjemmel i det gjeldende forskriftsverk, og at bestemmelsen om dette er å anse som utøving av offentlig myndighet» (Min understreking).¹¹⁰ Samme synspunkt kan utledes fra Frihagen som antar at «[e]n beslutning som er fattet i kraft av lovhjemmel, vil [...] gjerne av den grunn karakteriseres som «offentlig myndighetsutøvelse»». ¹¹¹

I senere tid har Lovavdelingen riktignok moderert seg noe ved å anta at offentlig myndighetsutøvelse i det minste er «hovedregelen» når en avgjørelse forankres i lov. Den uttaler at «dersom [avgjørelsen] er regulert i eller forankret i lov eller forskrift, vil det skape et preg av offentlig myndighetsøving som gjør at avgjørelsen – iallfall som den store hovedregel, og muligens helt uten unntak – regnes som enkeltvedtak». ¹¹²

At avgjørelser som er regulert i eller forankret i lov eller forskrift innebærer offentlig myndighetsutøvelse, betyr likevel ikke at avgjørelser som *ikke* er fattet i kraft av lovhjemmel eller forskrift må utelukkes fra å innebære offentlig myndighetsutøvelse. Som jeg har vist ovenfor i dette kapitlet og i kapitlene 2.2 og 2.3, har avgjørelser med hjemmel i det offentlige eierrådighet i praksis blitt ansett som utøving av offentlig myndighet, så lenge avgjørelsene hovedsakelig forfølger offentlig/samfunnsmessige formål og det eksisterer et reelt behov hos den enkelte borger for å la forvaltningslovens rettssikkerhetsgarantier i kapitlene IV-VI komme til anvendelse. Denne forståelsen legges også til grunn som gjeldende rett i denne avhandlingen.

¹⁰⁹ Graver 2007, side 407.

¹¹⁰ JDLOV-1991-755.

¹¹¹ Frihagen 1986, side 48.

¹¹² JDLOV-2002-6618.

3 Er avgjørelser i medhold av havneloven § 39 1. ledd «utøving av offentlig myndighet» etter forvaltningsloven?

3.1 Innledning

I det følgende vil jeg vurdere om havners avgjørelser om fartøys anløpsrett i medhold av § 39 1. ledd innebærer offentlig myndighetsutøvelse etter forvaltningsloven, eller om slike avgjørelser anses å være truffet som ledd i havners forretningsvirksomhet.

I sin helhet lyder § 39 slik:

«§ 39. Adgang til å benytte havn

Eiere og operatører av havner og havneterminaler har plikt til å motta fartøy i det omfang plassforholdene tillater det, og fartøyet ikke er til urimelig fortrengsel for eierens behov for egen bruk av havnen eller andre som er sikret rett til å bruke havnen. Eiere og operatører av havner og havneterminaler kan fastsette begrensninger i adgangen til å anløpe havn, av hensyn til sikkerhet, miljø og fiskerinæringen.

Plikten til å motta fartøy etter første ledd gjelder likevel ikke for private havner som ikke tilbyr anløp og tjenester til andre enn eierne av havnen. Departementet kan likevel i særlige tilfeller ved enkeltvedtak eller i forskrift fastsette at slike havner skal kunne benyttes av andre brukere med et tungveiende behov for de havne- og transporttjenestene som havnen kan tilby, forutsatt at bruken ikke vil være til urimelig fortrengsel for eierens behov for egen bruk av havnen eller andre som er sikret rett til å bruke havnen.

Departementet kan ved enkeltvedtak eller i forskrift gi nærmere regler om plikten til å motta fartøy etter første ledd.»

Som det fremgår følger det av 2. ledd at departementet «ved enkeltvedtak eller i forskrift» kan utvide mottaksplikten til industrihavner (private havner som ikke tilbyr anløp). Videre følger det av 3. ledd at departementet «ved enkeltvedtak eller i forskrift» kan gi særlige regler for

mottaksplikten i § 39 1. ledd. Men spørsmålet om en kommunal havneeiers regulering av anløp i tråd med § 39 1. ledd må treffes ved enkeltvedtak eller forskrift, er ikke eksplisitt løst i lovteksten. Dette har nok sammenheng med at mottaksplikten i § 39 1. ledd etter ordlyden retter seg mot både offentlig eide og privateide havner.

Hadde havneeierne fått tildelt kompetanse gjennom § 39 1. ledd til å treffe avgjørelser i forbindelse med havnevirksomhet, ville avgjørelsene i medhold av 1. ledd vært truffet under utøving av offentlig myndighet.¹¹³ Bestemmelsen fremstår imidlertid ikke som en slik kompetansehjemmel. Den pålegger havnene først og fremst en mottaksplikt og regulerer så omfanget av denne plikten og når det kan gjøres unntak fra den.

Derimot fremstår § 39 1. ledd 1. punktum som et inngrep i den eierrådighet som havneeiere i utgangspunktet har over havneområdene. En slik forståelse av § 39 er også lagt til grunn i Lovavdelingens uttalelse 12. mai 2014 om avgjørelser i medhold av § 39 1. ledd 1. punktum utgjør enkeltvedtak. Der uttaler Lovavdelingen at «[f]ørste punktum fremstår mer som en bestemmelse som for både offentlige og private havneeiere avgrenser den råderetten som i utgangspunktet følger av eiendomsretten» (min understreking).¹¹⁴ Som det er gjort rede for i avhandlingens kapittel 2 er dette et moment som taler for at avgjørelser i medhold av § 39 har et privatrettslig preg.¹¹⁵

At havnen utleder kompetansen til å treffe avgjørelsene fra dens eierrådighet over havneområdene er imidlertid ikke til hinder for at kommunale havneeieres avgjørelser i medhold av § 39 treffes under utøving av offentlig myndighet. Som påpekt i kapittel 2 er det nemlig ikke nødvendig at det offentlige utleder kompetansen til å treffe den aktuelle avgjørelsen fra et særskilt offentlig rettsgrunnlag for at det skal være snakk om utøving av offentlig myndighet etter forvaltningsloven. Også avgjørelser som det offentlige hjemler i dets eierrådighet vil kunne innebære offentlig myndighetsutøvelse, så lenge avgjørelsene samlet sett har et mer offentligrettslig enn privatrettslig preg.¹¹⁶

Dette synes også å det rettslige utgangspunkt Lovavdelingens uttalelse av 12. mai 2014: Etter å ha konkludert med at havnene utleder kompetansen til å treffe avgjørelser om å begrense

¹¹³ Jf. blant annet SOM-2012-460, hvor det uttales at «[d]ersom avgjørelsen bygger på den offentligrettslige myndighet organet har eller er blitt tildelt gjennom lov [...], foreligger det offentlig myndighetsutøvelse».

¹¹⁴ JDLOV-2014-935, omtalt i kapittel 1.3.

¹¹⁵ Se til illustrasjon JDLOV-1989-723.

¹¹⁶ Se kapittel 2.3 og forøvrig Frihagen I, side 23 flg. og Frihagen II, side 79.

anløpsretten fra eierrådigheten, vurderes det om avgjørelsene likevel har til formål å ivareta særlige offentlige hensyn (noe Lovavdelingen kommer til at de ikke har).

Når kommunale havner utleder kompetansen til å treffe de aktuelle avgjørelsene fra eierrådigheten, vil det derfor måtte kreves særskilte holdepunkter for å anse avgjørelsen som utøving av offentlig myndighet. Et fremtredende offentlig/samfunnsmessig formål med avgjørelsen og et reelt behov for det enkelte fartøy for at forvaltningslovens saksbehandlingsregler i kapitlene IV-VI skal komme til anvendelse, vil kunne utgjøre slike særskilte holdepunkter. Lovavdelingen uttaler at «[s]like holdepunkter kan tenkes å foreligge i et regelverk for den aktuelle disposisjon, i en fast forvaltningspraksis eller i viktige reelle hensyn».¹¹⁷ Dette er i tråd med det jeg har gitt uttrykk for i kapittel 2.

Selv om denne avhandlingen kun konsentrerer seg om én bestemt funksjon ved havnevirksomheten, nemlig havnenes avgjørelser i medhold av § 39 1. ledd, vil denne tilsynelatende ensartede kategorien av avgjørelser kunne forfølge ulike formål. Dette skyldes at § 39 1. ledd 1. punktum pålegger havnen en plikt til å la fartøy utnytte havnekapasiteten, mens 2. punktum gir anvisning på unntakssituasjoner hvor havnen ikke har mottaksplikt. Det er nærliggende å anta at hensynene som begrunner mottaksplikten, vil være forskjellige fra de hensyn som begrunner unntak fra mottaksplikten. Et forsøk på å gi en samlet karakteristikk av avgjørelsene som havnene treffer i medhold av § 39 som enten offentligrettslige eller privatrettslige, vil av denne grunn ikke være hensiktsmessig. Den videre fremstillingen er derfor lagt opp slik at jeg i kapittel 3.3 vurderer i hvilken grad avgjørelser som reguleres av § 39 1. ledd 1. punktum forfølger offentlige formål eller havnens private formål. I kapittel 3.4 gjøres det rede for i hvilken grad avgjørelser som gjør unntak fra mottaksplikten i medhold av § 39 1. ledd 2. punktum forfølger offentlige formål eller havnens private formål.

Det vil som nevnt også være relevant å trekke inn fartøyenes reelle behov for at forvaltningslovens saksbehandlingsregler i kapitlene IV–VI skal komme til anvendelse. Hvis det enkelte fartøy ikke har et slikt behov, er det heller ingen grunn til å pålegge de kommunale havnene den ekstrabelastning som de aktuelle saksbehandlingsreglene måtte innebære for dem. Eksisterer det derimot et reelt behov for anvendelse av forvaltningslovens rettssikkerhetsgarantier, vil en likevel være avhengig av at avgjørelsene forfølger offentlige formål for at de skal få et offentligrettslig preg. Etter å ha vurdert hvilke formål de ulike

¹¹⁷ Jf. JDLOV-1996-9972.

avgjørelsene forfølger, vil jeg derfor i kapittel 3.5 kort kommentere fartøyenes reelle behov for at forvaltningslovens saksbehandlingsregler i kapittel IV–VI skal få anvendelse ved avgjørelser som havnene treffer i medhold av § 39.

Siden § 39 regulerer avgjørelser som berører fartøys anløpsrett og havnenes mottaksplikt, vil det være viktig å ha klart for seg omfanget av anløpsretten og mottaksplikten. Avgjørelser som berører andre rettigheter enn de som fartøyene kan utlede av § 39 vil bli holdt utenfor denne avhandlingen. Eksempelvis vil avgjørelser om tjenester som havnen tilbyr fartøyene på et frivillig grunnlag, altså *utover* det havnen er forpliktet til etter § 39, i stor grad kunne begrunnes i hensyn som ivaretar havnens egne private interesser.¹¹⁸ Siden fartøyene ikke har rett på slik uoppfordret tjenesteyting fra havnen, vil heller ikke behovet for forvaltningslovens rettssikkerhetsgarantier gjøre seg gjeldende i samme grad som ved avgjørelser vedrørende fartøyenes rettigheter etter § 39. Hvilke avgjørelser som berører fartøyenes anløpsrett gjøres derfor rede for i kapittel 3.2.

3.2 Omfanget av havnens mottaksplikt og fartøyets anløpsrett

Ved å slå fast omfanget av mottaksplikten/anløpsretten vil man klargjøre i hvilken grad havnen står fritt til å avgjøre hvordan de havnetjenester som omfattes av mottaksplikten skal gjennomføres. Smith har tatt til orde for at myndighetsbegrepet, i relasjon til tjenesteyting, bare vil kunne omfatte de *eksterne* avgjørelsene knyttet til tjenesteytelsene – altså de prinsipielle avgjørelsene om tjenesten skal tilstås eller ikke.¹¹⁹ Han mener følgelig at det ved vurderingen av myndighetsbegrepet først må trekkes en grense mellom avgjørelser om å tildele/nekte en tjeneste og avgjørelser som omhandler *gjennomføringen* av tjenesten.¹²⁰ Hovedbegrunnelsen for Smiths skille er nok at avgjørelser om gjennomføringen av tjenesten, i den ene enden av skalaen, nokså klart vil kunne nærme seg *interne* avgjørelser – en avgjørelsestype som forarbeidene til forvaltningsloven klart avgrenser myndighetsbegrepet mot.¹²¹ Men i den andre enden av skalaen vil avgjørelser om gjennomføringen kunne ha et mer *eksternt* preg dersom gjennomføringen fører til at tjenesten som det offentlige yter blir

¹¹⁸ Vel å merke med de begrensninger som følger av at forvaltning av havnekapitalen må forfølge havneformål, jf. havneloven § 48 1. ledd, jf. § 47 1. ledd.

¹¹⁹ Smith 1984, side 16–17 og 32–38.

¹²⁰ Smith 1984, side 16.

¹²¹ NUT 1958:3, side 3.

meningsløs og i verste fall en byrde for borgeren som mottar tjenesten.¹²² Dersom havnen eksempelvis treffer en avgjørelse som innebærer at et fergereferi må godta betingelser for å anløpe havnen som i praksis fjerner rederiets kommersielle grunnlag for å drive fergevirksomhet fra havnen (eksempelvis ugunstige seilingstider, for kort liggetid for lossing av gods eller for av- og ombordstigning av passasjerer, nekting av tilgang til nødvendige havnefasiliteter osv.), vil slike avgjørelser om gjennomføringen de facto gjelde rederiets prinsipielle tilgang til havnen.¹²³

En viss parallell kan trekkes til Fusa-dommen hvor Høyesterett slo fast at ved gjennomføringen av en lovpålagt plikt til å yte hjemmehjelp for en sterkt pleietrengende person måtte det gjelde et visst minstekrav til gjennomføringen av hjemmehjelpen for at det offentlige kunne sies å ha oppfylt plikten.¹²⁴ Domstolen kunne prøve om hjemmehjelpen som ble gitt oppfylte dette minstekravet, men utover dette stod det offentlige fritt til å treffe avgjørelser om hvordan hjemmehjelpen skulle gjennomføres, både hva angikk innholdet i og omfanget av den.¹²⁵ Verdt å merke seg ved Fusa-dommen er at loven som ga den pleietrengende rett til sosialhjelp i svært liten grad spesifiserte innholdet i den lovpålagte hjemmehjelpen og hvordan denne skulle gjennomføres. Etter loven hadde den pleietrengende kun rett til «[h]jelp i hjemmet», jf. dagjeldende sosialomsorgslov § 3 1. ledd (g) (opphevet). Likevel måtte det altså gjelde et visst minstekrav til gjennomføringen av hjemmehjelpen. I andre tilfeller vil omfanget av tjenesten som det offentlige er pliktig til å yte og måten tjenesten skal gjennomføres på kunne utledes mer spesifikt av rettsgrunnlaget. I den utstrekning rettsgrunnlaget regulerer hvordan tjenesten skal gjennomføres, vil det offentlige ikke stå fritt til å gjennomføre tjenesten på den måten den selv finner hensiktsmessig. Da er det heller ikke grunn for å holde avgjørelser om slik gjennomføring utenfor en vurdering av om de innebærer utøving av offentlig myndighet.

Spørsmålet i det følgende er derfor om det i anløpsretten etter § 39 kun ligger en prinsipiell rett for fartøyene til å anløpe havnen, eller om det også ligger en rett til en bestemt gjennomføring av anløpet og oppholdet i havnen. I sistnevnte tilfelle vil havnen, ved avgjørelser knyttet til gjennomføringen av havneoppholdet, være bundet av § 39 med tanke på

¹²² Se også Boe 2000, side 361 hvor det antydes at utviklingen går i retning av at man også bør regne avgjørelser om innholdet i offentlige tjenester som enkeltvedtak.

¹²³ Se til illustrasjon Fjord Line-saken (TKISA-2009-137542 og RG 2011 s. 810).

¹²⁴ Rt. 1990 s. 874 (Fusa-dommen).

¹²⁵ Dommen gjaldt spørsmål på området for sosialrett, men har åpenbar relevans til andre forvaltningsområder, se Boe 1991.

hvilke hensyn avgjørelsene kan bygge på, og hvordan disse hensynene skal vektlegges, på tilsvarende måte som når den regulerer fartøyets prinsipielle rett til å anløpe havnen. Da vil det som nevnt ikke være grunnlag for å holde avgjørelser om gjennomføringen av anløpsretten/mottaksplikten utenfor en vurdering av om de innebærer offentlig myndighetsutøvelse eller ikke.

I det følgende vil jeg derfor foreta en tolkning av § 39 med sikte på å fastslå hvorvidt bestemmelsen kun regulerer fartøyenes prinsipielle rett til anløp, eller om bestemmelsen også gir fartøyene rettigheter knyttet til hvordan anløpet og oppholdet i havnen skal gjennomføres.

Ved et fartøys ønske om å anløpe en havn, vil havnens plikter overfor fartøyet og fartøyets rettigheter overfor havnen følge av havneloven § 39 1. ledd 1. punktum, som lyder:

«Eiere og operatører av havner og havneterminaler har plikt til å motta fartøy i det omfang plassforholdene tillater det, og fartøyet ikke er til urimelig fortrengsel for eierens behov for egen bruk av havnen eller andre som er sikret rett til å bruke havnen.»

Bestemmelsen lovfester en plikt for enhver eier (og operatør) av havner som åpner for havnetjenester i alminnelighet (såkalte trafikkhavner, heretter bare havner) til å motta fartøy som ønsker å anløpe havnen i den utstrekning det er ledig kapasitet i havnen. Så lenge denne kapasiteten ikke er oppbrukt, vil fartøyene ha en korresponderende anløpsrett.¹²⁶ Paragraf 39 1. ledd 1. punktum setter dermed rammene både for hva havnen plikter å yte overfor fartøyet og for hvilken rett på ytelse fartøyet har overfor havnen.¹²⁷

Private havneiere som ikke tilbyr anløp og havnetjenester i alminnelighet, faller som hovedregel utenfor mottaksplikten i 1. ledd, jf. 2. ledd. Disse holdes også utenfor denne avhandlingen.

Hvilke områder og fysiske innretninger som omfattes av begrepet «plassforholdene», kan ikke utledes presist av ordlyden utover at det er plassforholdene i «havnen» det er snakk om. Det vil derfor være naturlig å tolke «plassforholdene» i lys av havnelovens legaldefinisjonen av «havn» i § 4. Etter § 4 omfatter havnebegrepet «områder til bruk for fartøy» som har behov for «oppankrings- og liggeplasser», men også behov for å «laste eller losse gods eller transportere passasjerer som ledd i sjøtransport eller annen næringsvirksomhet». Dessuten

¹²⁶ Ot.prp. nr. 75 (2007–2008), side 92 og 176.

¹²⁷ Som følge av at mottakspunkt og anløpsrett er to sider av samme sak, vil jeg i denne avhandlingen komme til å benytte begrepene om hverandre.

omfatter «havn» alle områder som er «funksjonelt knyttet til» de nevnte områdene, jf. § 4. I tillegg til å la fartøy anløpe havnen og legge til kai, må det i mottaksplikten derfor også forstås en plikt til å la fartøyene få benytte nødvendige havnefasiliteter som eksisterer i havnen, eksempelvis havneterminaler, passasjertuber, lastekraner osv.¹²⁸ Å realisere bestemmelsens formål om å fremme «fri konkurranse» og å sikre «allmenn og ikke-diskriminerende tilgang til viktig infrastruktur» ville dessuten være umulig dersom det i mottaksplikten ikke også lå en plikt til å gi fartøyene adgang til de havnefasiliteter som er nødvendige for deres ærend i havnen.¹²⁹

Samme resonnement kan også utledes fra andre deler av ordlyden i § 39, hvor både «benytte havn» og «anløpe havn» er anvendt, henholdsvis i bestemmelsens overskrift og i 1. ledd 2. punktum. En plikt til å la fartøy få «benytte havn» vil etter en naturlig forståelse omfatte mer enn kun å la fartøy få «anløpe havn».¹³⁰

Forarbeidene forutsetter dessuten at «plikten til å motta fartøy ikke stopper ved havnebassenget, men omfatter en rett til å legge til i havnen på vanlige vilkår».¹³¹ Slike «vilkår» vil kunne knytte seg til avgjørelser om bestemt kaiplass, seilingstider, liggetid, bruk av havnefasiliteter for lasting og lossing av gods, bruk av havneterminaler for passasjerer, og for øvrig andre forhold i forbindelse med gjennomføringen av havnetjenesten ved et skipsanløp. Hva som regnes som «vanlige» vilkår, vil måtte avgjøres på bakgrunn av de prinsipper som ligger til grunn for hvordan kapasiteten i havnen («plassforholdene») skal tildeles. I forarbeidene uttrykkes disse tildelingsprinsippene som «ulovfestede rettsgrunnsetninger om likebehandling ved tilbud av kommunale tjenester og mer generelle diskrimineringsforbud» og «hensynet til fri konkurranse, allmenn og ikke-diskriminerende tilgang til viktig infrastruktur».¹³² Havnen står dermed ikke fritt til å velge hvordan gjennomføringen av anløpet skal skje, men må gjennomføre tjenesteytingen i forbindelse med skipsanløpet på en måte som likebehandler fartøyene. Dette er også i tråd med havnelovutvalgets oppfatning om at dersom «et rederi vil starte en ny gods- og/eller passasjerrute, vil det ha krav på kaiplass til tid og sted i havnen som ikke er diskriminerende i forhold til etablerte ruter i havnen» (min understreking).¹³³ Dersom et rederi eksempelvis

¹²⁸ Østgård 2015, side 194.

¹²⁹ Ot.prp. nr. 75 (2007–2008), side 176.

¹³⁰ Jf. også Østgård 2015, side 194.

¹³¹ Ot.prp. nr. 75 (2007–2008), side 176.

¹³² Ot.prp. nr. 75 (2007–2008), side 94 og 176.

¹³³ Havnelovutvalgets utredning, side 145.

ønsker å anløpe havnen på en bestemt dag, på et bestemt klokkeslett og ved bruk av en bestemt kai i havnen, vil fartøyet ha krav på dette så lenge «plassforholdene» tillater en slik bruk av havnen. Avgjørelser som endrer på et slik anløp vil innebære en begrensning/regulering av anløpsretten i § 39.

Reelle hensyn tilsier også at slike avgjørelser bør anses å berøre anløpsretten. Avgjørelser som regulerer hvilken konkret kai fartøyet får benytte, hvilke øvrige havnefasiliteter det får tilgang til, hvilke seilingstider fartøyet kan operere ut fra eller hvor lenge fartøyet kan ligge til kai, vil i praksis kunne ha avgjørende betydning for om fartøyet i det hele tatt anser det som realiserbart å anløpe havnen. Avgjørelser om slike forhold vil kunne innebærer at fartøyene må godta betingelser som fjerner det forretningsmessige grunnlag for i det hele tatt å drive virksomhet fra havnen.¹³⁴ Dette er et spesielt aktuelt for sjøtransportnæring, eksempelvis cargovirksomhet, cruisevirksomhet og annen fergevirksomhet, som baserer sine anløp på kommersielle vurderinger av havnens egnethet. Når havneloven nettopp har som formål å legge til rette for effektiv og konkurransedyktig sjøtransport, jf. § 1 2. ledd, bør slike hensyn som nevnt her vektlegges tungt.

Det ville dessuten kunne lede til en omgåelse av mottakplikten dersom havnen formelt hadde oppfylt sin mottakplikt ved å la fartøyet få en prinsipiell adgang til havnen (uavhengig av tid og sted i havnen), men samtidig fritt kunne treffe avgjørelser som regulerte havneoppholdet på en måte som gjorde fartøyets ærend i havnen lite formålstjenlig eller i verste fall helt hensiktsløst. Eksempelvis vil et fergerederi som ønsker å opprette en morgen- og ettermiddagsrute for persontransport i rushtiden være helt avhengig av å kunne operere ut fra bestemte seilingstider for å kunne være konkurransedyktige. Å få en prinsipiell tilgang til havnen vil da fremstå som verdiløs for fartøyet, dersom havnen treffer avgjørelse om at anløpet må gjennomføres i et tidsrom som er utenom rushtid eller på annen måte lite kommersielt gunstig. Avgjørelser som regulerer gjennomføringen knyttet til seilingstider, kaianlegg og andre nødvendige havnefasiliteter, fremstår på denne måten som inngripende vilkår for fartøyenes lovbestemte anløpsrett. Avgjørelser om dette vil således ofte kunne ha like stor betydning for fartøyet som å få tilgang til havnen på prinsipielt grunnlag.

Etter dette legges det til grunn at så lenge «plassforholdene tillater det», jf. § 39 1. ledd 1. punktum, består fartøyets anløpsrett ikke bare av en rett til å legge til kai, men også en rett til

¹³⁴ Se til illustrasjon Fjord Line-saken (TKISA-2009-137542 og RG 2011 s. 810).

å legge til ved det kaianlegg og til det tidspunkt som fartøyet foretrekker, samt å benytte øvrige havnefasiliteter som havnen tilbyr. Dette innebærer at dersom havnens avgjørelser om å regulere fartøyets anløpsrett (av hensyn til plassforholdene, sikkerhet, miljø eller fiskerinæringen) anses som utøving av offentlig myndighet, vil dette gjelde både avgjørelser om å nekte anløp og avgjørelser som regulerer havnens rett til å ligge ved en bestemt kai, rett til bestemte seilingstider og rett til å benytte nødvendige havnefasiliteter. Det vil likevel være nødvendig å trekke en nedre grense for hvilke avgjørelser om gjennomføringen som anses som myndighetsutøvelse. På bakgrunn av det som er sagt til nå, vil denne grensen måtte gå ved avgjørelser om den praktiske gjennomføringen av mottakplikten som ikke har innvirkning på fartøyets ærend i havnen. Dette vil måtte vurderes konkret i hvert tilfelle. Hvorvidt fartøyet har et reelt behov for at forvaltningslovens saksbehandlingsregler i kapitlene IV–VI skal komme til anvendelse for slike avgjørelser vil her være et sentralt moment.¹³⁵

Retten til å anløpe havnen til bestemte tider, legge til ved bestemte kaianlegg og til å benytte øvrige havnefasiliteter som er nødvendige for fartøyenes ærend i havnen, vil ikke være ubegrenset, men kun gjelde i den grad kapasiteten i havnen strekker til. Hvorvidt det er ledig kapasitet, må vurderes i lys av kriteriet «plassforholdene» i § 39 1. ledd 1. punktum. Andre fartøy som er blitt tildelt en «sikret rett» til bruk av havnen, jf. § 39 1. ledd 1. punktum, vil innenfor rimelighetens grenser være pliktige til å innrette seg slik at det blir ledig kapasitet til fordel for andre fartøy, jf. kriteriet «urimelig fortrengsel» i § 39 1. ledd 1. punktum. Se nærmere om dette i kapittel 3.3.2.

3.3 Formålet med avgjørelser som regulerer fartøys anløpsrett etter § 39 1. ledd 1. punktum

I dette kapitlet vil jeg vurdere hvorvidt havnens avgjørelser om å regulere fartøys rett til anløp etter § 39 1. ledd 1. punktum forfølger samfunnsmessige formål eller formål som ivaretar havnens kommersielle interesser.

Det er viktig å understreke at spørsmålet om havnen utøver offentlig myndighet som hovedregel kun aktualiseres når havnen *regulerer* fartøyenes rettigheter ved anløp. Når et fartøy anløper en havn i tråd med mottakplikten, treffer nemlig ikke havnen noen «avgjørelse», jf. forvaltningsloven § 2 1. ledd a), om at fartøyet får anløpe havnen. Prosedyren ved slike anløp er at fartøyet i forkant av anløpet sender inn en anløpsmelding i

¹³⁵ Se kapittel 2.3.2.

henhold til i anløpsforskriften §§ 4-6, jf. § 9 (hjemlet i havneloven § 22).¹³⁶ I denne meldingen opplyses det blant annet om ankomsttidspunkt, avgangstidspunkt og (hvis kjent for fartøyet) hvilke havnefasiliteter (kaianlegg osv.) fartøyet vil komme til å benytte.¹³⁷ Så lenge plassforholdene i havnen tillater et slikt anløp, jf. § 39 1. ledd 1. punktum, og så lenge anløpet ikke må begrenses av hensyn til sikkerhet, miljø eller fiskerinæringen, jf. 1. ledd 2. punktum, vil havnen ikke treffe en konkret avgjørelse om at fartøyet får anløpe.¹³⁸ Da anløper bare fartøyet havnen i henhold til den meddelte anløpsmeldingen. Kommunale havner vil derfor som hovedregel kun treffe avgjørelser i forvaltningslovens forstand når det er behov for å *regulere* fartøyets anløpsrettigheter (enten av hensyn til plassforholdene eller av hensyn til sikkerhet, miljø eller fiskerinæringen). Unntaket er når havnen treffer avgjørelse om å tildele et fartøy en «sikret rett» til anløp. Dette kommer jeg nærmere tilbake til i kapittel 3.3.2.

Som nevnt ovenfor i kapittel 3.1 utleder havnen kompetansen til å treffe avgjørelser i medhold av § 39 1. ledd 1. punktum fra havnens eierrådighet over havneområdene. Det må derfor foreligge særskilte holdepunkter for å si at havnens avgjørelser om å regulere fartøyenes rett ved anløp forfølger offentlige/samfunnsmessige formål. Som nevnt i kapittel 2.3.1 har det i teori og praksis blitt fremhevet som et avgjørende moment at det offentlige avgjørelse *hovedsakelig* er begrunnet med hensyn som ivaretar samfunnsinteresser (offentlige interesser) og altså ikke hovedsakelig med hensyn som ivaretar det offentlige egne kommersielle interesser.¹³⁹

Svaret på dette vil kunne bero på en rekke ulike faktorer.¹⁴⁰ Ettersom de aktuelle avgjørelsene er regulert av mottakplikten i havneloven § 39 1. ledd 1. punktum, vil man på bakgrunn av en tolkning av denne bestemmelsen langt på vei kunne slå fast hvilke hensyn som vil være fremtredende ved avgjørelser som regulerer fartøyenes anløpsrett. Men som nevnt ovenfor i kapittel 2.3.1 og 3.1 er det ikke bare det regelverk som regulerer avgjørelsen som vil være av betydning. Man vil også kunne få sagt noe om avgjørelsens formål etter en vurdering av hvorvidt den kommunale havnevirksomhet, som avgjørelsen treffes i forbindelse med, har

¹³⁶ FOR-2009-12-17-1633.

¹³⁷ Se til illustrasjon anløpsmeldingsskjema for Oslo havn, hyperlink: <http://www.oslohavn.no/filestore/PDF/2014/Noticeofarrival.pdf>, anløpsmeldingsskjema for Alta havn, hyperlink: <http://www.altahavn.no/anloepsmelding-ship-to-port-notification.280773-41719.html> og anløpsmeldingsskjema for Tønsberg havn, hyperlink: <http://www.tonsberghavn.no/anloepsmelding/cms/28>.

¹³⁸ Det vil likevel oppstå et rettsforhold mellom havnen og fartøyet som følge av anløpet (blant annet knyttet til krav på anløpsavgift/vederlag), se Framstad 2002, side 16–22. Men ved vanlige anløp skjer dette gjennom konkludent adferd og uten at havnen treffer noen avgjørelse om å tillate anløpet.

¹³⁹ Se til illustrasjon Boe 2000, side 358 hvor det henvises til RG 1983 s. 773.

¹⁴⁰ Se spesielt avhandlingens kapittel 2.3.1.

preg av fordeling av goder eller utveksling av goder.¹⁴¹ En slik vurdering vil måtte ta hensyn til formålet med den offentlige tjenesteytelsen som avgjørelsen treffes i forbindelse med, arten av den eiendom som det offentlige disponerer over og for øvrig karakteren av det aktuelle rettsforholdet mellom havn og fartøy.¹⁴²

I det følgende vil jeg i kapittel 3.3.1 redegjøre for om kommunale havnetjenester har et preg av fordeling av goder eller utveksling av goder. I kapittel 3.3.2 vil jeg gå nærmere inn på hvilke hensyn havnen lovlig kan vektlegge når den regulerer fartøys anløpsretter på bakgrunn av kriteriene i § 39 1. ledd 1. punktum.

3.3.1 Innebærer kommunale havnetjenester *fordeling* eller *utveksling* av goder?

3.3.1.1 Mottaksplikten og formålet med kommunal havnevirksomhet

Lovgiver begrunner regelen om mottaksplikt i § 39 med hovedsakelig to formål: For det første er det et formål «å tilrettelegge for fri konkurranse i sjøtransporten, for gods så vel som passasjerer».¹⁴³ For det andre er det et formål å sikre «det samfunnsmessige behov for en stabil og forutsigbar tilgang på viktig infrastruktur, særlig for å sikre varedistribusjon».¹⁴⁴ Disse formålene er for øvrig i tråd med havnelovens lovbestemte hovedformål, som er å «legge til rette for effektiv og sikker havnevirksomhet som ledd i sjøtransport og kombinerte transporter samt for effektiv og konkurransedyktig sjøtransport av personer og gods innenfor nasjonale og internasjonale transportnettverk», jf. § 1 2. ledd. Mottaksplikten begrunnes altså med hensyn som ivaretar interessene til skipsfartsnæringen og samfunnet for øvrig.

Når havnene inngår avtaler med fartøy om en «sikret rett» til bruk av havnen, jf. § 39 1. ledd 1. punktum, vil havnens avgjørelse om å tildele slik havnekapasitet til fartøyet derfor måtte forfølge utpregede samfunnsformål. Havnen kan altså ikke begrunne en avtale som gir et fartøy «sikret rett» til bestemt kai plass, bestemte seilingstider, bruk av havnefasiliteter osv., med hensyn som fremmer havnens egne private interesser dersom dette ville stride med de samfunnsmessige hovedformålene bak § 39 og havneloven for øvrig.¹⁴⁵ Se nærmere om dette i kapittel 3.3.2.

¹⁴¹ Se blant annet Smith 1984, side 60.

¹⁴² Se til illustrasjon RG 2011 s. 810.

¹⁴³ Ot.prp. nr. 75 (2007–2008), side 94.

¹⁴⁴ Ot.prp. nr. 75 (2007–2008), side 94.

¹⁴⁵ Dette gjelder så lenge det ikke følger av lov at hensyn til havnens private interesser kan begrunne begrensninger i mottaksplikten.

At mottaksplikten begrunnes i utpregede samfunnshensyn legges også til grunn i lagmannsrettens og tingrettens avgjørelser i tvisten mellom Kristiansand havn og Fjord Line.¹⁴⁶ Saken omhandlet spørsmål om hvorvidt Kristiansand havn kunne stille vilkår om helårsdrift for at Fjord Line skulle få drive fergevirksomhet fra havnen. Saken var til behandling i både Kristiansand tingrett og Agder lagmannsrett, og domstolene tok stilling til om en slik regulering av retten til anløp var utslag av havnens offentligrettslige myndighet eller private autonomi. Begge domstolene kom etter samme rettsanvendelse og begrunnelse til at en avgjørelse som regulerer anløpsretten (den gang utledet av havneloven 1984 § 10) ikke var utøving av privatautonomi, men «utøving av offentlig myndighet» etter forvaltningsloven § 2 1. ledd a).

Domstolene la vekt på havnens karakter av viktig infrastruktur, de sterke samfunnsmessige hensyn og formål knyttet til havneeienskap, samt de store konsekvensene havnens avgjørelse ville medføre overfor rederiet, både som følge av havnens faktiske monopolstilling i regionen og som følge av rederiets investeringer i forbindelse med opprettelsen av ruten. Det ble i denne forbindelse vist til omfattende forvaltningspraksis og juridisk teori som støttet opp under rettens standpunkt.¹⁴⁷ På bakgrunn av de hensyn som lå til grunn for mottaksplikten i havneloven 1984 og de konkrete omstendighetene i saken, kom retten til at vilkåret om helårsdrift ikke lovlig kunne baseres på bakgrunn av havnens kommersielle vurderinger.

Retten fant for øvrig heller ikke bevist at det aktuelle vilkår faktisk var motivert av sådanne vurderinger. Tvert imot ville vilkåret om helårsdrift, som så å si medførte forretningsnektelse for Fjord Line, føre til lavere inntjening for havnen gjennom havneavgiftene.

Om de samfunnsmessige hensyn uttalte tingretten at «både havneloven og opprettelsen av havnestyret [har] et offentligrettslig formål. Det er flere viktige samfunnshensyn som er tillagt vekt, og det forutsettes i flere bestemmelser i havneloven at det drives utstrakt myndighetsutøvelse. [...] Havnelovgivningen [er] et område som både nasjonale og internasjonale myndigheter har engasjert seg sterkt i på grunn av de mange offentligrettslige hensyn som gjør seg gjeldende. Dette er i seg selv et argument for at et inngripende og begrensende vilkår om helårsdrift må anses som myndighetsutøvelse. Det aktuelle rettsområdet er grundig regulert av både nasjonalt og internasjonalt regelverk, og rommet for eierrådighet og privat autonomi blir da vesentlig mindre. [...] Det er på mange måter positivt

¹⁴⁶ RG 2011 s. 810 og TKISA-2009-137542.

¹⁴⁷ RG 2011 s. 810.

at havnen er opptatt av å drive forretningsmessig og øke sine inntekter. De samfunnsmessige hensyn som ligger til grunn for opprettelsen og den rettslige reguleringen av havnen, utgjør imidlertid en viktig forskjell fra privat næringsdrift, som er opprettet med et økonomisk formål».¹⁴⁸

Også lagmannsretten ga uttrykk for at den kommunale havnevirksomheten hadde et fremtredende offentligrettslig preg: «Kristiansand havn er en sentral havn hvor store områder til enhver tid benyttes til offentlige havneformål. Selv om det kan treffes politiske beslutninger som endrer dette, er havneområdet både formelt og reelt i all hovedsak avsatt til offentlige formål og utgjør en viktig del av vår infrastruktur», slik at «[f]artøyers rett [til] anløp, og havnens korresponderende mottaksplikt, etter dette ikke [kan] begrenses under henvisning til havnens forretningsdrift eller private autonomi».¹⁴⁹

De nevnte dommene viser også til forvaltningspraksis som tydelig får frem at den rådende oppfatning i forvaltningen (frem til Lovavdelingens uttalelse den 12. mai 2014, nevnt i kapittel 1.3) har vært at avgjørelser knyttet til anløpsretten i all hovedsak vil måtte forfølge offentlige formål. Blant ble det vist til Lovavdelingens uttalelse som gjaldt hvorvidt en kommunal havn, av hensyn til egne private eierinteresser, kunne nekte fartøy med atomvåpen å anløpe havnen. Lovavdelingen kom til at havnen ikke kunne ta slike hensyn, og uttalte i den forbindelse at «[e]n kommunal havn er offentlig område på samme måte som kommunale gater og torg. Slik offentlig eiendom er normalt åpen for allmennheten innenfor de rammer som lover og forskrifter setter for den spesielle bruken av veg, et torg eller en havn innebærer. Etter gjeldende rett er det ikke adgang for offentlig myndighet til å begrense ferdselen på offentlig område av denne art med heimel i eiendomsretten utover hva gjeldende lovgivning og eventuelt ordens - og politimessige forhold måtte innebære. I særlig grad gjelder dette for anløp i offentlige havner som er utbygd for å betjene maritim trafikk».¹⁵⁰

Selv om lagmannsrettens og tingrettens dom, og den nevnte forvaltningspraksis, knytter seg til formålet med havnevirksomhet under havneloven 1984, var vedtakelsen av den nye havneloven fra 2009 ikke ment å gjøre noen endringer med hensyn til hovedformålet med plikten til å motta fartøy.¹⁵¹ Dette fremkommer også ved at departementet, som nevnt ovenfor,

¹⁴⁸ TKISA-2009-137542.

¹⁴⁹ RG 2011 s. 810.

¹⁵⁰ Lovavdelingens uttalelse av 4. desember 1985.

¹⁵¹ Ot.prp. nr. 75 (2007–2008), side 176. Selv om havneloven av 2009 legger opp til økt kommersiell drift av havnene, eksempelvis ved at havnen kan kreve markedsbasert vederlag for anløp og bruk av havnen, legger

nettopp nevner det å sikre samfunnet tilgang til viktig infrastruktur som et hovedformål bak mottaksplikten.¹⁵²

At formålet med mottaksplikten er å ivareta utpregede samfunnsinteresser er et moment som trekker i retning av at havnevirksomheten har preg av fordeling av goder.

3.3.1.2 Betydningen av en eierskapsnøytral mottaksplikt

Mottaksplikten gjelder for «eiere» av havner (trafikkhavner), jf. § 39 1. ledd. Etter ordlyden sondres det ikke mellom privat og offentlig eierskap.¹⁵³ Andelen private havner som tilbyr havnetjenester i alminnelighet er likevel svært liten. Tilnærmet samtlige av de allment tilgjengelige havner i Norge eies i dag av kommuner.¹⁵⁴ Selv om havneloven ikke forbyr private aktører å eie offentlige havner, bygger den likevel på at «det er kommunen som har den formelle eierrådighet over de offentlige trafikkhavnene».¹⁵⁵ Den praktiske betydningen av at mottaksplikten retter seg mot både privateide og offentlig eide havner, fremstår dermed som liten. Det er likevel nærliggende å spørre seg om bestemmelsens eiernøytrale utforming er et signal fra lovgiver om at de ulike formål og hensyn som ligger til grunn for avgjørelsene om å yte havnetjenester, er de samme i henholdsvis offentlig eide og privateide havner.

At bestemmelsen om mottaksplikt er eierskapsnøytral sier først og fremst noe om at den ikke er ment som en særregel for offentlig eide havner. Bestemmelsen søker først og fremst å sikre fartøyene allmenn tilgang til havner, uavhengig av hvem som eier havnen. At mottaksplikten ikke beror på eierforholdene i havnen, sikrer dermed at kommunenes valg om eksempelvis å organisere havnen som privat foretak ikke får betydning for om havnen er forpliktet etter § 39 eller ikke.

Det er altså *posisjonen* som eier av havneområdene (eventuelt operatørposisjonen) som forplikter. Den klare hovedregel i rettspraksis og teori er at det offentlige besitter en reell eiendomsrett på lik linje med private.¹⁵⁶ Ved at § 39 1. ledd retter seg mot «eiere» av havnen, vil mottaksplikten derfor gripe like mye inn i det offentliges eierrådighet som i privates

havneloven ikke opp til at hensynet til havnens forretningsvirksomhet skal kunne begrunne begrensninger i mottaksplikten. Se nærmere om dette i kapittel 3.3.1.4 og 3.3.2.

¹⁵² Ot.prp. nr. 75 (2007–2008), side 94.

¹⁵³ Se også ot.prp. nr.75 (2007-2008), side 94.

¹⁵⁴ Nasjonal havnestrategi 2015, side 18.

¹⁵⁵ Havnelovutvalgets utredning, side 134.

¹⁵⁶ Graver 2015, side 207–208

eierrådighet. Etter ordlyden i § 39 har fartøyene dermed en tilsynelatende helt lik anløpsrett overfor private havneiere som offentlige havneiere.

At borgerne kan gjøre gjeldende de samme rettighetene overfor offentlige pliktsubjekter som overfor private pliktsubjekter, er imidlertid ikke til hinder for at *karakteren* av rettsforholdet vil kunne være offentligrettslig i det ene tilfellet og privatrettslig i det det andre. Dette fremgår, som nevnt tidligere, av Lovavdelingens uttalelse om at «dersom nøyaktig den samme disposisjon kan foretas av private parter [...] må det i utgangspunktet kreves særskilte holdepunkter for å anse en disposisjon foretatt av det offentlige som utslag av offentlig myndighet», og videre at «[s]like holdepunkter kan tenkes å foreligge i et regelverk for den aktuelle disposisjon, i en fast forvaltningspraksis eller i viktige reelle hensyn».¹⁵⁷

Et eksempel fra undervisningssektoren vil kunne illustrere dette: Etter opplæringslova har elever i grunnskolen tilnærmet like rettskrav overfor skolen, uavhengig av om den er i privat¹⁵⁸ eller offentlig eie.¹⁵⁹ Likevel har avgjørelser vedrørende inntak på privateide grunnskoler et privatrettslig preg, mens tilsvarende avgjørelser ved offentlig eide skoler utvilsomt har et offentligrettslig preg.¹⁶⁰ Dette understrekes ved at lovgiver uttrykkelig har valgt å la forvaltningsloven komme til anvendelse på offentlig grunnskolevirksomhet, men ikke på privat grunnskolevirksomhet.¹⁶¹ De private grunnskolene er riktignok undergitt offentlig tilsyn som skal sørge for at vilkårene for skolens godkjennelse til enhver tid er oppfylt, men rettigheter og plikter som følger av opplæringslova mellom eleven og den private grunnskolen håndheves stort sett av privatrettslige regler.¹⁶² De private grunnskolene handler på bakgrunn av avtalen den har inngått med eleven ved opptak i skolen, og treffer ikke enkeltvedtak om opptak i skolen slik som offentlig eide grunnskoler gjør. Dette til tross for at de private grunnskolenes etterlevelse av elevens rettigheter etter opplæringslova åpenbart vil være av like stor betydning for eleven, uavhengig av om vedkommende går på en private eller offentlig grunnskole.¹⁶³ Det faktum at opplæringsloven langt på vei pålegger offentlige og private grunnskoler samme plikter, er altså ikke til hinder for at det oppstår et

¹⁵⁷ JDLOV-1996-9972.

¹⁵⁸ Her ment private grunnskoler som ikke mottar statstilskudd etter privatskolelova, jf. opplæringslova § 1-2 2. ledd, jf. § 2-12.

¹⁵⁹ Jf. opplæringslova § 2-12, 2. og 3. ledd.

¹⁶⁰ Se opplæringslova § 15-1 og ot.prp. nr. 46 (1997-1998), side 146.

¹⁶¹ Med unntak av reglene om taushetsplikt i forvaltningsloven §§ 13 – 13e, jf. opplæringslova § 15-1.

¹⁶² Jf. opplæringslova § 14-1 2. ledd.

¹⁶³ Se opplæringslova § 2-1.

offentligrettslig rettsforhold ved offentlig eide grunnskoler og et privatrettslig rettsforhold ved privateide grunnskoler.

At også karakteren av rettsforholdet i privateide og offentlig eide havner kan være forskjellig til tross for en eierskapsnøytral mottaksplikt, fremgår av dommene i Kristiansand tingrett og Agder lagmannsrett i saken mellom Kristiansand havn og Fjord Line.

Som nevnt tidligere gjaldt disse dommene havnens mottaksplikt under regimet av havneloven 1984. Men dommene har likevel overføringsverdi til dagens situasjon med eierskapsnøytral mottaksplikt, ettersom mottaksplikten som gjaldt under havneloven 1984, og som er ment videreført i havneloven 2009, også rettet seg mot både offentlig eide og privateide havner. Om dette uttaler departementet følgende: «Alle havner som tilbyr anløp og terminaltjenester i alminnelighet skal [under havneloven 2009] være omfattet av mottaksplikten, uavhengig av om havnen er privat og/eller offentlig eiet. Slike havner må etter departementets oppfatning uansett anses å være underlagt en alminnelig tilbudsplikt, forbud mot konkurransebegrensende atferd og ulovfestede diskrimineringsforbud [under regimet av havneloven 1984].»¹⁶⁴

Om forskjellen mellom offentlig og privat havnevirksomhet uttalte Kristiansand tingrett at «[d]e samfunnsmessige hensyn som ligger til grunn for opprettelsen og den rettslige reguleringen av havnen, utgjør imidlertid en viktig forskjell fra privat næringsdrift, som er opprettet med et økonomisk formål. Havnen skal være selvfinansierende, men den skal ikke ha et selvstendig profittmotiv».¹⁶⁵ Lagmannsretten sluttet seg i det vesentlige til tingretten og understreket at «[h]avnestyrets beslutninger i nærværende sak er etter dette utøvelse av offentlige myndighet. Det vises til at beslutningene gjelder adgangen til havnearealer som er viktige i landets infrastruktur. Etablering, drift og utbygging av infrastruktur er en offentlig oppgave. Området er satt av til havneformål for å ivareta denne type samfunnsoppgaver. Havnens primære oppgave er å betjene skipsfarten. Havnen har ikke et økonomisk formål og skal ikke ha profittmotiv».¹⁶⁶

Riktignok har havnene etter den nye havneloven fått mulighet til å bestemme prisen på havnetjenestene selv, jf. § 42 4. ledd, og på den måten har de mulighet for å tjene inn penger utover det som kreves for at havnen skal være selvfinansiert. Men også under den nye havneloven er det viktige forskjeller mellom offentlig eid og privateid offentlig havnevirksomhet: Til forskjell fra privateide offentlige havner er det knyttet særskilte begrensninger til hvordan havnekapitalen i kommunale havner, herunder «inntekter fra

¹⁶⁴ Ot.prp. nr. 75 (2007–2008), side 94.

¹⁶⁵ TKISA-2009-137542.

¹⁶⁶ RG 2011 s. 810.

tjenester og ytelser knyttet til havnedrift og anløpsavgift», kan forvaltes, jf. havneloven § 47, jf. § 48. Inntektene fra havnetjenestene kan ikke benyttes til andre formål enn «havnevirksomhet, herunder drift, vedlikehold, utbedring, utbygging og utvikling, samt utøvelse av offentlig myndighet», jf. § 48. De inntjente midler fra havnevirksomheten er altså ved lov satt av til havneformål for å ivareta denne type samfunnsoppgaver. På den annen side står privateide havner fritt til å forvalte inntektene fra havnevirksomheten.

Det faktum at § 39 1. ledd retter seg mot både privateide og offentlig eide havner er ikke nødvendigvis et signal fra lovgiver om at avgjørelsene som om mottaksplikten har et privatrettslig preg. I havnelovens forarbeider uttaler departementet tvert imot følgende: ««Begrensninger» i mottaksplikten kan arte seg som enkeltvedtak eller forskrifter, generelle forretningsvilkår, konkrete beslutninger fra terminaleier om å nekte anløp, og etter omstendighetene konkrete handlinger som hindrer adkomst. Departementet har derfor kommet til at det ikke er hensiktsmessig å stille opp et krav i loven om at kompetanse til å avvise fartøy må utøves på bestemte nivåer eller i bestemte former, utover det som følger av forvaltningsloven, når avgjørelser tas under utøvelse av offentlig myndighet, jf. dens § 2 første ledd bokstav a til c.»¹⁶⁷ Samtidig er departementet tydelige på at «[p]rivat aktører kan nekte anløp til havn, men kan ikke treffe bindende vedtak om dette».¹⁶⁸ Selv om § 39 1. ledd retter seg mot både offentlige og private «eiere», er det altså forutsatt i forarbeidene at offentlige eiere kan treffe enkeltvedtak, mens private eiere ikke kan det. Forarbeidene forutsetter med dette at offentlige havneeieres avgjørelser om å begrense fartøys anløpsrett kan ha et offentligrettslig preg, selv om ikke private havneeieres tilsvarende avgjørelser har det.

Etter dette ser jeg ikke at den eierskapsnøytrale utformingen av § 39 1. ledd er et hinder for at avgjørelser knyttet til mottaksplikten/anløpsretten kan ha et offentligrettslig preg. Tvert imot kan departementsuttalelser fra forarbeidene synes å trekke i motsatt retning. Departementet uttaler at den eiernøytrale utformingen må forstås som en «en kodifisering og presisering» av mottaksplikten under havneloven 1984 – som heller ikke sondret mellom offentlig eide og privateide havner.¹⁶⁹ Videre uttaler departementet at mottaksplikten bygger på «ulovfestede rettsgrunnsetninger om likebehandling ved tilbud av kommunale tjenester og mer generelle

¹⁶⁷ Ot.prp. nr. 75 (2007–2008), side 96.

¹⁶⁸ Ot.prp. nr. 75 (2007–2008), side 96.

¹⁶⁹ Ot.prp. nr. 75 (2007–2008), side 94. Nevnt ovenfor i forbindelse med relevansen til dommene fra Kristiansand tingrett (TKISA-2009-137542) og Agder lagmannsrett (RG 2011 s. 810).

diskrimineringsforbud». ¹⁷⁰ Slike rettsgrunnsetninger om likebehandling og diskrimineringsforbud har åpenbart sitt utspring fra forvaltningsrettslig tankegang. Når departementet da poengterer at § 39 1. ledd er en kodifisering av gjeldende rett, er det altså snakk om en videreføring av en mottaksplikt som bygger på rettsgrunnsetninger og prinsipper av offentligrettslig karakter.

Sammenholder man dette med at departementet i tillegg hevder at en «prinsipiell mottaksplikt [vil være] særlig viktig for de private havner som ikke er underlagt den samme styring og kontroll som offentlige havner», er det desto mindre grunn til å anta at den eierskapsnøytrale utformingen er ment å signalisere at kommunale havners avgjørelser knyttet til mottakplikten ikke kan være truffet under utøving av offentlig myndighet. For selv om de rettslige rammene for mottakplikten vil være de samme for private og offentlige havneiere, vil formålene og hensynene bak et offentlig og et privat eierskap til havn fortsatt kunne være så forskjellige at det kan bli nærliggende å snakke om en privatrettslig mottaksplikt i privateide havner og en offentligrettslig mottaksplikt i kommunale havner. Om dette er tilfelle, vil imidlertid bero på en nærmere vurdering av karakteren av rettsforholdet mellom havn og fartøy i de kommunale havnene. Dette vil jeg komme inn på i det følgende kapittel.

3.3.1.3 Finansieringen av havnevirksomheten – havnens rett på vederlag og fartøyets betalingsplikt

Som jeg så vidt var inne på i forrige kapittel, har havneieren *rett* til å kreve betaling for fartøyets bruk av kai- og havnefasiliteter. Dette fremkommer forutsetningsvis av § 42 4. ledd 1. punktum, som lyder:

«Den som tilbyr havne- og transporttjenester fastsetter pris og andre forretningsvilkår.»

Etter forarbeidene uttrykker bestemmelsen kun det som ellers ville ha fulgt av alminnelige avtalemekanismer, nemlig at det er den som tilbyr en tjeneste som bestemmer prisen. ¹⁷¹ Prisen vil derfor være et resultat av alminnelige markedsmekanismer, eller sagt med andre ord, bero på hva partene har avtalt. ¹⁷² Denne privatrettslige måten å finansiere

¹⁷⁰ Ot.prp. nr. 75 (2007–2008), side 94.

¹⁷¹ Ot.prp. nr. 75 (2007–2008), side 179.

¹⁷² Reglene om forbud mot konkurransebegrensende adferd i konkurranseloven kapittel 3 og 4, samt EØS-avtalen artikkel 53 til 56, vil likevel kunne komme til anvendelse på rettsforholdet mellom fartøyet og havnen,

havnevirksomheten på, utgjør en vesentlig endring fra den gamle havne- og farvannsloven som utelukkende bygget på at avgifter, fastsatt og innkrevd i medhold av lov, skulle dekke utgiftene til havnevirksomheten.¹⁷³

Man er likevel ikke gått helt bort fra avgiftsordningen i den nye havneloven. I § 42 6. ledd kan kommunale havner, etter søknad til departementet, få tillatelse til å dekke utgifter og kostnader ved havnedriften gjennom havneavgifter. Havnen er også pliktig til å publisere opplysninger om prisen for havneopphold og andre havnetjenester, hvilket forhindrer ad hoc prising for et konkret anløp.¹⁷⁴ Dessuten består fortsatt muligheten til å innkreve anløpsavgift, jf. havneloven § 25.

Hvilken betydning har det så for karakteren av havnens avgjørelser om anløpsretten/mottakplikten at havnevirksomheten etter dagens havnelov finansieres gjennom avtalebaserte vederlag fra fartøyene? I den tidligere nevnte sivilombudsmannssaken som gjaldt hvorvidt avslag på søknad om tildeling av kommunal bolig mot vederlag var et enkeltvedtak, uttalte Sivilombudsmannen at avgjørelser om utleie av kommunale boliger tradisjonelt ikke har blitt ansett som enkeltvedtak fordi «leietakerne skal betale et vederlag for leien av boligene og at tildelingene dermed får et kontraktsrettslig preg. Når vederlaget dekker det offentliges reelle utgifter ved boligen slik at leieforholdet heller ikke kan sies å være subsidiert av det offentlige, blir det derfor normalt tale om forretningsvirksomhet og ikke myndighetsutøvelse».¹⁷⁵ Likevel er Sivilombudsmannen tydelig på at «[d]et forhold at leietakerne presterer en ikke ubetydelig motytelse, ikke [kan] være ubetinget avgjørende for spørsmålet om tildelingsvedtaket er å anse for «utøving av offentlig myndighet». Utgangspunktet for vurderingen må være om formålet med det offentliges virksomhet kan sies å være fordeling av goder mellom borgerne eller bare en utveksling av dem etter prinsippet om «ytelse mot ytelse»».¹⁷⁶

Selv om Sivilombudsmannen fremhever vederlaget som et moment av vesentlig betydning, fremgår det altså tydelig av hans uttalelse at vederlaget ikke alene er egnet til å gi et entydig svar i alle tilfeller. Det som derimot vil være avgjørende, er om tjenesten etter en helhetsvurdering har preg av *fordeling* av goder. Med utgangspunkt i et slikt vurderingstema er det klart at et markedsbasert vederlag vil kunne være et moment som taler *mot* en

og således forhindre at havnen utnytter sin dominerende stilling ved eksempelvis å ta «monopolpris», jf. Ot.prp. nr. 75 (2007–2008), side 176.

¹⁷³ Havneloven 1984, kapittel VI flg.

¹⁷⁴ Jf. Forskrift om publisering av havneopplysninger § 1 (FOR-2010-12-20-1761).

¹⁷⁵ SOMB-1997-9.

¹⁷⁶ SOMB-1997-9, se for øvrig Smith 1984, side 60.

fordelingssituasjon og *for* en «ytelse mot ytelse»-situasjon. Er det imidlertid omstendigheter ved rettsforholdet som tilsier at det er en rettslig eller faktisk ubalanse mellom partene, eksempelvis at det offentlige har dårlig sikkerhet for vederlaget, vil dette måtte tas med i vurderingen.¹⁷⁷

Sivilombudsmannens uttalelse bygger tilsynelatende på læren til Smith, som hevder at et vederlagskriterium alene ikke er egnet for å utelukke at det kan være snakk om vedtak etter forvaltningsloven.¹⁷⁸ Også andre reelle omstendigheter ved rettsforholdet vil kunne være relevante. Smith uttaler: «Fordeling av offentlige midler¹⁷⁹ for ikke-kommersielle formål vil etter mitt syn konstituere vedtak etter fvl. § 2, selv om det skal betales et vederlag for ytelsen som ligger i nivå med «markedets» pris for rimelig kommensurable ytelser».¹⁸⁰ Og videre: «Er det reelle forhold mellom partene [...] preget av klar gjensidighet, f.eks. fordi det eksisterer en rimelig balanse mellom ytelse og motytelse, vil selv ikke en tilsynelatende mangel på avtaleform gjøre det naturlig å se avgjørelsen som et vedtak».¹⁸¹ Det er altså ikke bare vederlagets størrelse som vil være avgjørende for om det kan sies å være balanse mellom partenes ytelser. Også andre omstendigheter som indikerer at det offentliges virksomhet bærer mer preg av fordeling enn utveksling av goder, vil måtte tas med i vurderingen.

Etter dette vil det faktum at havnen kan kreve et markedsbasert vederlag av fartøyet for dets anløp og bruk av havnen være et moment som trekker i retning av at tildelingen av havnetjenester etter § 39 har karakter av *utveksling* av goder. I henhold til de ovenfor nevnte uttalelsene fra henholdsvis Sivilombudsmannen og Smith er likevel vederlagsmomentet alene ikke egnet til å si noe sikkert om rettsforholdet har et offentligrettslig eller privatrettslig preg. Resultatet vil måtte bero på en helhetlig vurdering av hvorvidt formålet med havnevirksomheten fremstår som *fordeling* av havnetjenester eller *utveksling* av sådanne. Dette vurderes i neste kapittel.

¹⁷⁷ Smith 1979, side 120-121.

¹⁷⁸ Smith 1979, side 120-121.

¹⁷⁹ Gjelder også fordeling av offentlige tjenesteytelser, jf. Smith 1984, side 60.

¹⁸⁰ Smith 1979, side 123.

¹⁸¹ Smith 1984, side 62.

3.3.1.4 Kontraheringsplikt eller fordelingsplikt?

Spørsmålet i det følgende er hvorvidt mottaksplikten etter § 39 1. ledd, sett i lys av havnens rett til å avkreve fartøyene et markedsbasert vederlag for anløp og bruk av havnen, gir uttrykk for en kontraheringsplikt eller en fordelingsplikt av et knapphetsgode.

Med «kontraheringsplikt» mener jeg i denne sammenheng en plikt for havnen til å *inngå avtale* med et fartøy om å la det få anløpe og bruke havnen mot betaling. Dersom havnens ytelse anses som en del av en gjensidig forpliktende avtale, vil mottaksplikten ikke forplikte havnen så lenge det fremstår som klart at fartøyet ikke vil oppfylle sin del av avtalen. Etter alminnelige privatrettslige regler om tilbakeholdsrett (detensjonsrett) vil havnen da rettmessig kunne holde tilbake eller «fryse» sin ytelse (mest nærliggende ved å nekte anløp) som sikkerhet for fartøyets vederlag.¹⁸² Dersom mottaksplikten gir uttrykk for en plikt til å inngå avtale om å yte havnetjenester mot betaling, vil mottaksplikten altså bygge på det kontraktsrettslige prinsipp om «ytelse mot ytelse».¹⁸³ Havnens avgjørelser om å la fartøyet få anløpe og bruke havnen vil i så tilfelle ha et fremtredende privatrettslig preg ettersom sikkerhet for havnens økonomiske interesser da vil være avgjørende for om mottaksplikten gjelder eller ikke. Avgjørelser i tilknytning mottaksplikten i § 39 1. ledd i slike tilfeller vanskelig kunne anses som utøving av offentlig myndighet.¹⁸⁴

Det må her understrekes at det ikke vil ha betydning for spørsmålet om det utøves offentlig myndighet at en avgjørelse om la et fartøy få anløpe havnen skjer i *avtaleform*. Dette fremkommer helt tydelig av forvaltningslovens forarbeider, som uttaler følgende: «Det offentlige vil ofte være part i et privatrettslig kontraktsforhold. [...] Men dette utelukker ikke at offentlige myndigheter også i slike forhold kan utøve offentlig myndighet, og at de beslutninger de treffer, kan bli å bedømme som forvaltningsvedtak».¹⁸⁵ Det er altså innholdet i en eventuell avtale som vil være avgjørende. Dette er også nærmest selvsagt ettersom det offentliges valg av avtaleform ikke bør kunne være avgjørende for anvendelse av rettsregler av betydning for borgerens rettssikkerhet.

Med «fordelingsplikt» mener jeg en selvstendig plikt til å yte de havnetjenester som inngår i mottaksplikten, *uavhengig* av havnens berettigede forventning om fartøyets manglende

¹⁸² Krüger 1989, side 773 og Hagstrøm 1992, side 70.

¹⁸³ Krüger 1989, side 771.

¹⁸⁴ Se Smith 1984, side 60.

¹⁸⁵ NUT 1958:3, side 207.

betalingsevne eller -vilje (eventuelt manglende evne eller vilje til å oppfylle andre vesentlige forretningsvilkår). Dersom havnens mottaksplikt ikke er *betinget* av at fartøyet oppfyller sin ytelse, vil dette gi et inntrykk av at havnens avgjørelser om å tildele fartøyet plass i havnen hovedsakelig har som formål å *fordele* goder. Dette vil trekke i retning av at mottaksplikten har et offentligrettslig preg.¹⁸⁶

Så lenge unntakene og begrensningene i havneloven § 39 1. ledd ikke er aktuelle, og det ikke finnes annen særskilt lovbestemmelse som hjemler ytterligere unntak, har havneeier ingen lovlig adgang til å nekte fartøy anløp eller bruk av havnen – den har da «plikt til å motta fartøy», jf. § 39 1. ledd 1. punktum, og fartøyene vil således ha et tilsvarende *krav* på å få anløpe havnen og benytte havnefasilitetene på en ikke-diskriminerende måte. Dette innebærer at det vil ligge utenfor havnens diskresjonære kompetanse som «eier» å nekte fartøyet anløp eller sette begrensninger for dets utnyttelse av havnefasilitetene. På denne måten legger mottaksplikten bånd på denne delen av havnens eierrådighet, som i utgangspunktet er total og eksklusiv.¹⁸⁷

Til tross for at fartøyene forpliktet til å betale det vederlag som havnen fastsetter for havneanløp og bruk av havnefasilitetene, jf. § 42 4. ledd, taler ordlyden «plikt til å motta fartøy», jf. § § 39 1. ledd 1. punktum, for at mislighold av slik betalingsplikt ikke vil kunne sanksjoneres i form av å begrense fartøyets anløpsrett (med mindre dette fremgår av bestemmelsen selv, øvrige bestemmelser i havneloven eller andre spesialregler). Og som jeg også vil komme tilbake til i kapittel 3.3.2, hjemler verken § 39, øvrige bestemmelser i havneloven eller andre spesialregler adgang til å begrense fartøys anløpsrett av hensyn til havnens økonomiske sikkerhet. At § 39 ikke hjemler mulighet for havnen til å sanksjonere mot et misligholdende fartøy i form av å begrense dets anløpsrett, fremkommer tydelig av forarbeidene: «Departementet mener [...] at det ikke foreligger tilstrekkelig tungtveiende grunner til å la mistanke om manglende betalingsevne eller betalingsvilje utgjøre et unntak fra mottaksplikten etter § 39.»¹⁸⁸ Dessuten påpeker departementet at det ikke er noe i veien for at havnen, som en del av de alminnelige forretningsvilkårene, «krever forhåndsbetaling for å

¹⁸⁶ Se Smith 1984, side 60.

¹⁸⁷ Hovedregelen er at det offentlige råderett over egen eiendom står i samme stilling som privates råderett, jf. Graver 2015, side 207–208 og Rt. 1963 s. 1263 (Vinstra-dommen), øverst side 1268. Saken gjaldt riktignok innholdet i statens eiendomsrett til statsallmenninger, men prinsippet om at det offentlige har reell eiendomsrett må også gjelde som hovedregel for annen offentlig eiendom.

¹⁸⁸ Ot.prp. nr. 75 (2007–2008), side 134.

unngå tap, forutsatt at en slik ordning praktiseres på en ikke-diskriminerende måte».¹⁸⁹ Dette vil gjøre havnen oppmerksom på fartøyets betalingsevne/-vilje i forkant av anløpet slik at den får tid til å gjøre gjeldende alminnelige inndrivelsesregler (eksempelvis arrest) før fartøyet forlater havnen.

Dette betyr at mottaksplikten og anløpsretten etter § 39 1. ledd vil bestå til tross for at fartøyet ikke oppfyller sine økonomiske forpliktelser overfor havnen. Det vil dermed ikke nytte for havnen å henvise til alminnelige kontraktsrettslige regler om forventet mislighold eller brudd på økonomiske forretningsvilkår for at den skal kunne holde tilbake sin ytelse i form av å begrense fartøyets anløpsrett.¹⁹⁰

Sammenholder man det forhold at havnen ikke kan holde tilbake sin ytelse etter kontraktsrettslige regler, med at havneloven § 55, etter en antitetisk forståelse, unntar havnens vederlagskrav for fartøyets havnebruk (§ 42 4. ledd) som lovlig tvangsgrunnlag for utlegg, vil dette gi havnene svært dårlig sikkerhet for vederlaget. Selv om fartøyene skal betale markedspris for bruken av havnen, vil den dårlige sikkerheten for vederlaget svekke betalingsplikts karakter av en *rettslig gjensidig motytelse*.¹⁹¹

Siden havnens mottaksplikt og fartøyets anløpsrett er uanfektet av forhold knyttet til havnens rett på betaling og fartøyets betalingsplikt, vil det etter dette være nærliggende å anse mottaksplikten som en fordelingsplikt og ikke som en kontraheringsplikt. Dette stemmer for øvrig godt overens med uttalelsen i havnelovutvalgets utredning om at det «ikke [er] vanlig å anse et skips anløp av havnen som etablering av et avtaleforhold mellom havnen og fartøyet».¹⁹² Dette forhold, sammenholdt med det som til nå er blitt sagt om den aktuelle avgjørelsestypens art og formål, de regler den er undergitt osv., tilsier at den delen av rettsforholdet som knytter seg til havnens mottaksplikt og fartøyets anløpsrett har et offentligrettslig preg.¹⁹³ Dette innebærer imidlertid *ikke* at den delen av rettsforholdet som knytter seg til havnens rett på betaling og fartøyets betalingsplikt har et offentligrettslig preg. Tvert imot. Det må her være klart at havnen vil kunne forfølge vederlagskravet mot fartøyet etter alminnelige privatrettslige regler, i den utstrekning forfølgningen ikke kommer i konflikt med lovgivning, herunder mottaksplikten i § 39 og § 55 som unntar havnens vederlagskrav

¹⁸⁹ Ot.prp. nr. 75 (2007–2008), side 134.

¹⁹⁰ Se imidlertid Østgård 2015, side 195, som hevder det motsatte syn. Dette kommenterer jeg like nedenfor.

¹⁹¹ Se til sammenlikning Smith 1979, side 120–121 og Ørebech 1983, side 259–160.

¹⁹² Havnelovutvalgets utredning, side 76.

¹⁹³ I hvert fall i utgangspunktet, se nedenfor kapitlene 3.3.2 og 3.4.

overfor fartøy som tvangsgrunnlag for utleggspant. Denne delen av rettsforholdet mellom havnen og fartøyet vil altså ha et fremtredende privatrettslig preg.¹⁹⁴

Ikke alle teoretikere vil være enige i en slik fremstilling av mottaksplikten karakter, som jeg her skisserer. Østgård uttaler blant at «[u]t over de betingelser for unntak fra mottaksplikten som følger av [§ 39] første og annet ledd, gjelder også andre mer generelle betingelser/unntak».¹⁹⁵ Østgård er av den oppfatning at siden fartøy er forpliktet til å betale det vederlag som havnen fastsetter for bruk av kaianlegg og andre havnefasiliteter, etter § 42 4. ledd, vil alminnelige kontraktsrettslige prinsipper, eksempelvis om antesipert betalingsmislighold, utgjøre lovlige unntakshjemler fra mottaksplikten i § 39.¹⁹⁶ Østgårds resonnement kan på flere måter synes rimelig. Det vil potensielt kunne føre til mange uønskede situasjoner dersom fartøy, under beskyttelse av anløpsretten i § 39, gjør det til en praksis å bevisst misligholde utestående krav til havnen. Tendenser til dette ser man blant annet ved enkelte utenlandske cruisebåters skipsanløp langs norskekysten.¹⁹⁷ Dessverre er det lite rettskildemessig belegg for Østgårds standpunkt om at havnen kan sanksjonere slikt økonomisk mislighold overfor havnen ved å begrense fartøyets anløpsrett. Dette vil jeg kort kommentere i det følgende:

Det følger riktignok av forarbeidene at mottaksplikten i § 39 «må leses med de begrensninger som er fastsatt gjennom lov og forskrift» og videre at «dersom det følger av andre bestemmelser i eller i medhold av havneloven eller annet lovverk at fartøy kan nektes å anløpe, vil disse bestemmelsene naturligvis gå foran [mottaksplikten] som spesialregler».¹⁹⁸

Problemet med Østgårds resonnement er imidlertid at verken bestemmelsen i § 42 4. ledd eller alminnelige kontraktsrettslige regler kan forstås som slike spesialregler i relasjon til § 39. Det er nemlig ingen motsetning mellom retten til å kreve vederlag og plikten til å motta fartøy. Havnen har like mye *rett* på betaling, selv om den er nødt til å motta et fartøy som ikke betaler for seg. Den eneste innvirkningen mottaksplikten har på vederlagskravet er at

¹⁹⁴ Dette gjelder imidlertid ikke havnens innkreving av anløpsavgift, jf. havneloven § 25, eller dersom havnen, etter innvilget søknad til departementet, jf. § 42 6. ledd, dekker kostnader og utgifter gjennom havneavgifter og ikke gjennom markedsbaserte vederlag.

¹⁹⁵ Østgård 2015, side 195.

¹⁹⁶ Østgård 2015, side 195.

¹⁹⁷ Se nyhetsartikkel på Kystverkets hjemmeside: «Tok arrest i cruiseskip», hyperlink: <http://www.kystverket.no/Nyheter/2014/Mai/Tar-arrest-i-cruiseskip> og nyhetsartikkel i Bergens Tidenes nettavis: «– Flere skip seiler fra regningen», hyperlink: <http://www.bt.no/nyheter/lokalt/--Flere-skip-seiler-fra-regningen-3123636.html>

¹⁹⁸ Ot.prp. nr. 75 (2007–2008), side 95.

sikkerheten for vederlaget blir dårligere ettersom havnen ikke vil kunne gjøre gjeldende detensjonsrett når det blir klar over at fartøyet ikke vil komme til å gjøre opp for seg. Men havnens *krav* på vederlag og fartøyets *plikt* til å betale, berøres altså ikke av mottaksplikten. Man kan derfor ikke si at retten til vederlag, som havnen utleder fra § 42 4. ledd, kolliderer med mottaksplikten på en måte som gir grunnlag for å begrense eller gjøre unntak fra mottaksplikten. En slik forståelse understøttes også av forarbeidene. Departementet er tydelig på at hensynet til havnens økonomiske sikkerhet ikke utgjør et legitimt grunnlag for å begrense mottaksplikten. Om tilfeller hvor havnen opplever (antesipert) mislighold av betalingsplikten uttaler departementet følgende: «[M]anglende betalingsevne eller betalingsvilje vil som utgangspunkt ikke begrunne avvisning i det enkelte tilfelle. En slik regel ville lett kunne uthule mottaksplikten».¹⁹⁹

Til slutt er det verdt å merke seg at det ikke eksplisitt følger av ordlyden i § 42 4. ledd at bestemmelsen hjemler begrensninger i mottaksplikten. Systemet i havneloven for øvrig synes å være at adgang til å begrense mottaksplikten fremgår uttrykkelig av den aktuelle unntaksbestemmelses ordlyd. Foruten begrensningene i og unntakene fra mottaksplikten i § 39 1. og 2. ledd, gir eksempelvis § 22 2. punktum eksplisitt uttrykk for at brudd på meldeplikten kan være lovlig grunn til å begrense anløpsretten så lenge departementet har vedtatt slik meldeplikt i forskrift.²⁰⁰ Men selv mislighold av slik meldeplikt vil ikke ha konsekvenser for anløpsretten med mindre departementet også har vedtatt i forskrift at brudd på meldeplikten kan sanksjoneres i form av å begrense anløpet, jf. 2. punktum. Systemet i havneloven om eksplisitt begrensningshjemler er derfor ytterligere et argument mot at § 42 4. ledd kan tolkes som hjemmel for å begrense mottaksplikten etter alminnelige kontraktsrettslige regler.

Så lenge det ikke eksisterer en hjemmel i lovverk for å begrense mottaksplikten/anløpsretten av hensyn til alminnelige kontraktsrettslige regler, vil § 39, i kollisjonstilfeller med slike regler, gå foran som *lex specialis*.²⁰¹ Paragraf 39 1. ledd båndlegger tross alt havnens eierrådighet og må anses som unntaket fra hovedregelen om at det offentlige har full råderett over egen eiendom. Anvendelse av slike alminnelige kontraktsrettslige regler forutsetter en tilstrekkelig fri disposisjonsrett over formuesgodet (havneeierdommen), noe § 39 1. ledd er til hinder for.

¹⁹⁹ Ot.prp. nr. 75 (2007–2008), side 176.

²⁰⁰ Ot.prp. nr. 75 (2007–2008), side 95.

²⁰¹ Eckhoff 1997, side 343–345.

Den forespeilede problemstilling i Østgårds eksempel om antesipert betalingsmislighold hos et fartøy må etter dette løses ved hjelp av andre virkemidler enn å nekte skipet anløp. Den mest nærliggende løsning for å sikre vederlagskravet, uten å gjøre gjeldende detensjonsrett ved å innføre begrensninger i anløpsretten, vil være å begjære arrest i fartøyet etter tvistelovens regler i kapitlene 32 og 33 idet fartøyet legger til kai i havnen.²⁰²

Etter dette finner jeg ikke Østgårds påstand om at mottaksplikten/anløpsretten kan begrenses på et privatrettslig grunnlag utover det som følger av § 39, tilstrekkelig rettslig forankret. Som anvist ovenfor, står mottaksplikten på «egne ben» og forplikter havnen så lenge begrensningene i § 39 eller ytterligere begrensningshjemler i annet lovverk slår inn. Avgjørelser som begrenser mottaksplikten utover rammene for lovlige begrensninger i § 39 vil derfor ikke kunne hjemles i havnens eierrådighet (private autonomi). Og havnene vil av denne grunn ikke kunne påberope seg privatrettslige regler for å begrense anløpsretten i § 39.

Det kan imidlertid tenkes unntak fra dette dersom det finnes privatrettslige regler som kan tolkes som konkrete unntak fra mottaksplikten. Slike spesialregler kjenner jeg imidlertid ikke til.

3.3.1.5 Sammenfatning

Spørsmålet i kapittel 3.3.1 har vært hvorvidt kommunale havnetjenester i forbindelse med skipsanløp innebærer fordeling av goder eller utveksling av goder.

Havnelovens begrunnelse for mottaksplikten bygger på samfunnsmessige formål om å legge til rette for en konkurransedyktig sjøtransportnæring og å sikre fartøy uhindret tilgang til havn. Dette er et moment som trekker i retning av de havnetjenester som tilbys har preg av fordeling av goder.

Den eierskapsnøytrale utformingen av mottaksplikten i § 39 er ikke et moment som tilsier at kommunale havnevirksomhet ikke kan ha et offentligrettslig preg. Forarbeidsuttalelser taler mer i retning av at den eierskapsnøytrale utformingen er en videreføring av rettstilstanden fra havneloven 1984, som i henhold til rettsavgjørelser i henholdsvis Kristiansand Tingrett²⁰³ og Agder Lagmannsrett²⁰⁴ innebærer en mottaksplikt av klar offentligrettslig preg.

²⁰² Ot.prp. nr. 75 (2007–2008), side 134.

²⁰³ TKISA-2009-137542.

²⁰⁴ RG 2011 s. 810.

Havnen har rett på vederlag fra fartøyet og kan forfølge dette kravet etter alminnelige kontraktsrettslige regler, i den utstrekning slike regler ikke kolliderer med eller innebærer begrensninger i havnens mottaksplikt. Siden § 39 1. ledd forplikter havnen til å motta fartøy uavhengig av om fartøyet misligholder betalingsplikten, fremstår mottaksplikten som en plikt til å fordele goder og ikke som en kontraheringsplikt.

Etter dette fremstår formålet med kommunale havnetjenester i tilknytning til skipsanløp å være fordeling av goder. Dette er et moment som taler for at den kommunale havnevirksomheten har et offentligrettslig preg.

Likevel vil lovens kriterier for å treffe avgjørelser som begrense anløpsretten i § 39 1. ledd 1. punktum kunne være begrunnet i andre hensyn. Dette vil jeg vurdere i det følgende kapittel.

3.3.2 Avgjørelser som begrenser anløpsretten av hensyn til «plassforholdene» i havnen

I dette kapitlet vurderes nærmere hvorvidt avgjørelser om å begrense fartøyenes anløpsrett av hensyn til «plassforholdene» i havnen forfølger offentlige/samfunnsmessige formål eller formål som ivaretar havnens private interesser.

3.3.2.1 Det rettslige utgangspunkt for vurderingen

Etter § 39 1. ledd 1. punktum gjelder mottaksplikten bare «i det omfang plassforholdene tillater det, og fartøyet ikke er til urimelig fortrengsel for eierens behov for egen bruk av havnen eller andre som er sikret rett til å bruke havnen».

Formuleringen om at mottaksplikten kun gjelder «i det omfang» plassforholdene i havnen tillater det, gir uttrykk for at havnen i slike situasjonen ikke har mottaksplikt overfor nye fartøy som ønsker å benytte havnen. Det er med andre ord mer naturlig å forstå denne bestemmelsen som en *avgrensning* av mottaksplikten/anløpsrettens rekkevidde, enn som en hjemmel for å gjøre *unntak* fra mottaksplikten eller å gjøre *inngrep* i en eksisterende anløpsrett.

Siden ordlyden gir inntrykk av at havnens eierrådighet ikke vil være båndlagt av mottaksplikten når havnen av hensyn til «plassforholdene» nekter et fartøy å anløpe eller å bruke visse havnefasiliteter, er det nærliggende å tolke § 39 1. ledd 1. punktum dit hen at

havnen treffer disse avgjørelsene i kraft av eierrådigheten. Denne forståelsen legges også til grunn i Lovavdelingens uttalelse 12. mai 2014 om beslutninger om adgang til havn utgjør enkeltvedtak. Det uttales at «[f]ørste punktum fremstår mer som en bestemmelse som for både offentlige og private havneeiere avgrenser den råderetten som i utgangspunktet følger av eiendomsretten».²⁰⁵ Som jeg tidligere har nevnt, er dette et moment som taler for at avgjørelsene har et privatrettslig preg. Men selv om det offentlige utleder kompetansen til å treffe den aktuelle avgjørelsen fra eierrådigheten, vil det avgjørende (som også tidligere nevnt) være om avgjørelsen som begrenser anløpsretten, forfølger offentlige/samfunnsmessige formål eller formål som ivaretar havnens egne private interesser. Dette synes også å være det rettslige utgangspunktet for Lovavdelingens vurdering i uttalelsen av 12. mai 2014. Selv om Lovavdelingen kom til at havnen utledet kompetansen til å begrense anløpsretten av hensyn til plassforholdene i eierrådigheten, vurderte den om avgjørelsene ville forfølge formål som ivaretok offentlige interesser.

Hvilke formål slike avgjørelser forfølger, vil måtte kartlegges på bakgrunn av en tolkning av henholdsvis § 39 1. ledd 1. og 2. punktum.²⁰⁶

Østgård synes imidlertid å være av en annen oppfatning av dette rettslige utgangspunktet for vurderingen, når han uttaler følgende: «Slik § 39 er bygget opp, er det selve eier- eller operatørposisjonen som gir adgang til å treffe beslutningen. [Beslutningen] bygger altså på eier eller operatørs private autonomi og treffes ikke i medhold av offentligrettslig kompetanse. [...] Beslutninger knyttet til mottaksplikten er [av den grunn] ikke offentlig myndighetsutøvelse og har derved heller ikke rettslig karakter av enkeltvedtak.»²⁰⁷

Østgård har rett i at det er posisjonen som eier av havnen som gir adgang til å regulere et fartøys anløp og bruk av havnen. Dette følger jo direkte av ordlyden som utpeker «eieren» som beslutningstager, og eksempelvis ikke en overordnet myndighet som Kystverket. Jeg er likevel uenig i hans umiddelbare konklusjon om at beslutninger knyttet til mottaksplikten ikke er vedtak etter forvaltningsloven fordi avgjørelsene treffes i kraft av eierrådigheten.

Hans resonnement synes langt på vei å være begrunnet i at mottaksplikten i § 39 1. ledd 1. punktum fremstår som en båndleggelse av havnens eierrådighet, eller – sagt med Østgårds ord

²⁰⁵ JDLOV-2014-935, omtalt i kapittel 1.3.

²⁰⁶ Slik også Eckhoff/Smith 2010, side 475.

²⁰⁷ Østgård 2015, side 193–194.

– som en «tvangsmessig disponering av annen manns eiendom».²⁰⁸ For han blir det da naturlig å trekke den slutning at avgjørelser som innebærer lovlige begrensninger av mottaksplikten, ikke er offentlig myndighetsutøvelse, fordi mottaksplikten i disse tilfellene ikke legger bånd på havnens eierrådighet.

Tilsynelatende bygger Østgård resonnementet sitt på Gravers lære om at «dersom en normering skjer ut fra en kompetanse som ikke er særskilt offentlig, dvs. avtalekompetansen eller eierrådigheten, så står vi ikke overfor offentlig myndighetsutøvelse» i forvaltningslovens forstand.²⁰⁹ Selv om jeg er helt enig i at eierrådigheten som kompetansegrunnlag er et moment som trekker i retning av at avgjørelsene har et privatrettslig preg, er jeg likevel uenig at dette alene vil være avgjørende. Som jeg har gitt uttrykk for i kapittel 2 gjenspeiler en slik vektleggingen av eierrådigheten som kompetansegrunnlag ikke den gjeldende rettsoppfatning i rettspraksis og forvaltningspraksis.

Det har utviklet seg en oppfatning i juridisk teori, med særlig Graver i spissen, om at kompetansegrunnlaget alene vil være egnet til å avgjøre om det er snakk om forvaltningsrettslig myndighetsutøvelse eller ikke. Resonnementet går ut på at dersom det offentlige kan hjemle sin avgjørelse i et kompetansegrunnlag som også private kan utlede kompetanse fra, så vil avgjørelsen ikke innebære «utøving av offentlig myndighet» etter forvaltningsloven. Et slikt resonnement er for det første misvisende for den vurderingen forvaltningslovens forarbeider faktisk legger opp til, nemlig en konkret vurdering basert på blant annet avgjørelsens formål og dens betydning for den private part. Resonnementet er eksempelvis uforenlig med lovgivers forutsetning om at tildeling av offentlige goder kan være utøving av offentlig myndighet, selv om det er det offentliges eierrådighet som er kompetansegrunnlaget for tildelingen. For det andre er resonnementet ikke i tråd med hva som er lagt til grunn i rettspraksis, forvaltningspraksis og annen toneangivende forvaltningsteori.²¹⁰

Under enhver omstendighet vil en forutsetning for å følge Gravers resonnement være at eierrådigheten er konkret vurdert som en tilstrekkelig hjemmel etter det forvaltningsrettslige legalitetsprinsipp.²¹¹ Da kommer man ikke utenom en vurdering av avgjørelsens art, hvilke formål og hensyn den forfølger, og dens betydning for de private rettssubjekter. Det fremstår imidlertid ikke som at Østgård har tatt stilling til dette, all den tid hans argumentasjon for standpunktet om at avgjørelser i medhold av § 39 1. ledd ikke er utøving av offentlig myndighet, begrenser seg til å vise til at bestemmelsen retter seg mot havnen som «eier».

Etter min oppfatning blir derfor Østgårds rettslige utgangspunkt for vurderingen av om begrensninger av hensyn til plassforholdene utgjør offentlig myndighetsutøvelse for enkelt og unyansert. Hvorvidt den enkelte avgjørelse kan sies å ha et fremtredende offentligrettslig eller

²⁰⁸ Østgård 2015, side 192.

²⁰⁹ Graver 2007, side 407.

²¹⁰ Se kapittel 2 flg., hvor dette er blitt drøftet nærmere.

²¹¹ Frihagen I, side 129 flg. Se forøvrig kapittel 2 flg.

privatrettslig preg, vil måtte bero hva som er lovgivers formål med å gi adgangen til å begrense anløpsretten av hensyn til plassforholdene, og hvorvidt disse hovedsakelig ivaretar havnens private interesser eller offentlige/samfunnsmessige interesser. Dette vil jeg gjøre rede for i det følgende.

3.3.2.2 *Tolkning av «plassforholdene»*

Havnen kan regulere fartøys anløpsretter av hensyn til «plassforholdene», jf. § 39 1. ledd 1. punktum. Etter en naturlig forståelse av vilkåret må reguleringen skyldes kapasitetsbegrensninger i havnen. Vilkåret har likevel en for vag ordlyd til at en kan si noe konkret om hvilke omstendigheter som vil utgjøre kapasitetsbegrensninger.

I lovens forarbeider finner en imidlertid tydelig veiledning. Departementet nevner blant annet at de *naturlige* kapasitetsbegrensningene i havnen vil kunne redusere «plassforholdene». Eksempelvis vil havnebassenget kunne være for grunt eller kaianlegget være for kort, slik at anløp eller bruk av havnefasiliteter blir praktisk umulig.²¹² Ved en slik vurdering vil det avgjørende være om det rent *fysisk* er umulig å anløpe havnen eller å benytte de ulike havnefasiliteter som havnen tilbyr.

I avveiiingen mellom havnens private interesser og det samfunnsmessige behov for fartøys tilgang til havneinfrastruktur i slike situasjoner, har lovgiver her gitt havnen mulighet til å avvise fartøy av hensyn som ivaretar dens egne private interesser. Behovet for å sikre fartøy havnetilgang vil altså ikke være sterkt nok til å pålegge havnen en plikt til å bygge ut eller utbedre havnebasseng, kaianlegg eller øvrige havnefasiliteter for at det aktuelle fartøyet skal få plass.²¹³ Tvert imot vil en kunne tenke seg at en slik handling fra havnens side kunne ha innebåret ulovlig statsstøtte til det aktuelle rederiet. Dersom et kaianlegg eksempelvis ble bygget om for å ta imot ett bestemt fartøy, ville dette ha begunstiget det aktuelle rederiet og kunne ha medført konkurransevridning dersom kaianlegget ikke egnet seg for andre konkurrerende fartøy. Dersom *naturlige* kapasitetsbegrensninger gjør seg gjeldende i havnen, vil regulering av et fartøys anløp eller bruk av havnefasilitetene forfølge havnens økonomiske interesser. Hvis havnen faktisk lar slike interesser være avgjørende, vil avgjørelsen om å begrense fartøyets anløpsrett ha et fremtredende privatrettslig preg.

²¹² Ot.prp. nr. 75 (2007–2008), side 94.

²¹³ Ot.prp. nr. 75 (2007–2008), side 94.

Videre følger det av ordlyden i § 39 1. ledd 1. punktum at havneeier vil kunne nekte et fartøy anløp og bruk av havnefasiliteter dersom fartøyet vil være til «urimelig fortrenghet» for et annet fartøy med «sikret rett» til anløp eller bruk av havnefasiliteter. Med «sikret rett» forstås i denne forbindelse en prioritert anløpsrett²¹⁴, eller sagt med andre ord, en anløpsrett som etter sin art går foran den alminnelige anløpsretten som utledes av § 39.²¹⁵ Dette kan eksempelvis gjelde en særskilt lovbestemt rett til å anløpe havnen, en avtale om bestemte rutetider eller fast kaiplass, rett til nødhavn osv. Det må altså gjelde en rett til anløp eller bruk av havnefasiliteter som havnen *plikter* å prioritere ved konflikt med andre fartøys anløpsretter. Dersom kriteriet er oppfylt, vil havnen lovlig kunne forskjellsbehandle fartøy som er til «urimelig fortrenghet» for denne sikrede retten, jf. § 39 1. ledd 1. punktum. Spørsmålet blir da hvilke hensyn som begrunner slike sikrede anløpsretter.

3.3.2.3 Regulering av anløpsrett av hensyn sikrede retter i havnen

Sett i lys av bestemmelsens konstruksjon og hovedformål om å gi fartøy ikke-diskriminerende tilgang til havner, vil en «sikret rett» aldri kunne avgrense et annet fartøys anløpsrett så lenge de faktiske «plassforholdene» tillater anløp. Det forutsettes også i forarbeidene at en «sikret rett» vil måtte «begrense «plassforholdene» tilsvarende».²¹⁶ Eksempelvis vil en avtale mellom havn og fartøy om rett til en bestemt kaiplass, *ikke* begrense andre fartøys rett til å anløpe kaiplassen så lenge det sikrede fartøyet ikke fysisk opptar kaiplassen.²¹⁷ I slike tilfeller vil den sikrede retten ikke redusere «plassforholdene». På samme måte som de naturlige kapasitetsbegrensningene reduserer «plassforholdene», vil en «sikret rett» derfor forstås kun å begrense «plassforholdene» i den grad den fører til fysiske kapasitetsbegrensninger i havnen, innenfor bestemte områder og til bestemte tidspunkt. I praksis vil havneeier derfor måtte vise til at fartøyet er til «urimelig fortrenghet» for et annet fartøy med «sikret rett» til anløp eller bruk av havnefasiliteter *fordi* «plassforholdene» ikke muliggjør anløp eller bruk av havnefasiliteter.

Mottaksplikten avgrenses også mot tilfeller der fartøyet vil være til urimelig fortrenghet for havneeiers eget behov for å bruke av havnen, jf. § 39 1. ledd 1. punktum. Denne reservasjonen er imidlertid ment for situasjoner

²¹⁴ De sikrede anløpsrettighetene vil kunne gjelde samme rettigheter som de som følger av den alminnelige anløpsretten, herunder rett til anløp, rett til bestemt kaiplass, rett til bestemte seilingstider og rett til å benytte øvrige bestemte havnefasiliteter, se denne avhandlingens kapittel 3.2.

²¹⁵ Østgård 2015, side 197.

²¹⁶ Ot.prp. nr. 75 (2007–2008), side 95.

²¹⁷ Inngås det avtale med havnen om eksklusiv rett til en kaiplass eller bruk av havnefasiliteter vil en slik avtale dessuten kunne være forbudt etter konkurranselovens forbud mot konkurransebegrensende adferd i kapittel 3.

der havneieren benytter kai- og øvrige havnefasiliteter for egen *transportvirksomhet*.²¹⁸ Avgjørelser om å begrense andre fartøys anløpsrett som følge av havnens behov for egen bruk av havnen, vil etter ordlyden åpenbart kunne begrunnes med hensyn som ivaretar havnens private interesser. Etter min mening vil slike avgjørelser derfor ofte ha et privatrettslig preg. Men siden denne avhandlingen utelukkende omhandler det offentlige havnetjenester og *ikke* det offentlige transporttjenester, går jeg ikke nærmere inn på de rettslige spørsmål knyttet til at havnen begrenser et fartøys anløpsrett av hensyn til havnens eget behov for å bruke havnen.

Fartøy som kun kan vise til den alminnelige anløpsretten i § 39, vil etter en naturlig forståelse ikke kunne oppnå en «sikret rett». Ordlyden tilsier at retten må eksplisitt overgis fra havnen til fartøyet. Et rederi som bare kan vise til den alminnelige mottakplikten – og ikke et slikt særskilt grunnlag – vil altså ikke ha en «sikret rett». Sagt på en annen måte; man får ikke en «sikret rett» ved faktisk bruk av havnen. Fordelingen av kapasitet mellom aktører som ikke har «sikret rett» vil måtte skje basert på hensynet til likebehandling og hensynet til å fremme konkurranse som havneloven bygger på. Det vil bety at selv den som har anløpt først, vil måtte vike plass for en senere ankommen, der dette er nødvendig for eksempel for å frigjøre kapasitet i havnen eller å likebehandle rederiene. Dette praktiseres eksempelvis ved forhaling til nattleie eller støttekai for å slippe til nyankomne istedenfor å bli liggende og sperre for ytterligere anløp.

Hvilket preg har så havnens avgjørelser om å begrense fartøys anløpsrett, hvis det gjøres av hensyn til slike sikrede anløpsretter? Et svar på dette må søkes i de hensyn som ligger til grunn for denne type forskjellsbehandling.

Ordlyden «sikret rett» legger opp til at andre rettsgrunnlag enn § 39 vil kunne utgjøre et begrensingsgrunnlag for alminnelige anløpsretter. Verken ordlyden eller forarbeidene skiller mellom offentligrettslige og privatrettslige hjemmelsgrunnlag for slike særskilte anløpsretter. Det vil derfor kunne vises til lovbestemmelser, traktater, konvensjoner, forvaltningsvedtak, sedvaner, avtaler osv.²¹⁹ Det sentrale er at det påberopte rettsgrunnlaget må forplikte havnen til å prioritere den særskilte anløpsretten fremfor andres anløpsrett.

Vurderingen av hvilke hensyn som ligger til grunn for forskjellsbehandling av hensyn til en «sikre rett», vil derfor ikke bare begrense seg til de hensyn som § 39 bygger på, slik

²¹⁸ Ot.prp. nr. 75 (2007–2008), side 95.

²¹⁹ Østgård 2015, side 197.

departementet langt på vei må forstås å ta til orde for.²²⁰ For i og med at loven legger opp til at en «sikret rett» kan begrunne en forskjellsbehandling, vil hensynene bak den aktuelle særretten tross alt måtte kunne utgjøre saklige hensyn for å begrense andre fartøys anløpsrett.

En vil altså også måtte ta med i vurderingen de hensyn som begrunner den særskilte anløpsretten. Er den særskilte anløpsretten hovedsakelig begrunnet i hensyn som ivaretar samfunnsinteresser, vil havnens avgjørelse om å nekte eller begrense et annet fartøy anløp, på grunn av dets «urimelig fortrengsel» av den sikrede retten, få et offentligrettslig preg.

Tilsvarende vil havnens avgjørelser om å nekte eller begrense et fartøys anløp få et privatrettslig preg, dersom den særskilte anløpsrett hovedsakelig er begrunnet i hensyn som ivaretar havnens private interesser. Hvor et fartøy eksempelvis har søkt nødhavn med hjemmel i ulovfestede nødrettsregler, vil en slik «sikret rett» nokså klart være begrunnet med samfunnsmessige hensyn. Ved at havnen prioriterer denne nødretten fremfor et annet fartøys alminnelige anløpsrett etter § 39, vil denne avgjørelsen altså forfølge de samfunnsmessige formål som ligger til grunn for nødretten. Avgjørelser som begrenser andre fartøys anløpsrettigheter, på grunn av deres «urimelig[e] fortrengsel» av et fartøys prioriterte nødrett, får dermed et offentligrettslig preg.

Spørsmålet om havnens forskjellsbehandling av hensyn til et fartøys «sikre[de] rett» har et fremtredende offentligrettslig eller privatrettslig preg, vil etter dette kunne besvares ved å klarlegge hvorvidt den «sikre[de] rett» hovedsakelig er begrunnet i hensyn som ivaretar samfunnsmessige interesser eller i hensyn som ivaretar havnens private interesser.

Som vi skal se i det følgende, vil dette spørsmålet som regel kun komme på spissen hvor rettsgrunnlaget for den sikrede retten skriver seg fra en *avtale* mellom fartøyet og havnen. Det vil nemlig vanskelig kunne tenkes andre rettsgrunnlag for en sikret rett som hovedsakelig bygger på hensyn som ivaretar havnens private interesser. På et generelt grunnlag er det derfor nærliggende å anta at sikrede anløpsrettigheter som hjemles i lovbestemmelse, traktat, konvensjon, sedvane osv., nesten alltid vil være begrunnet med hensyn som ivaretar fortrinnsvis fartøyet interesser eller andre generelle samfunnsinteresser (som eksempelvis vil være hensynene bak nødrett).

²²⁰ Ot.prp. nr. 75 (2007–2008), side 95.

Regulerer havnen et fartøys anløp eller bruk av havnefasiliteter med den begrunnelse at det er til «urimelig fortrengsel» for en «sikret rett» som et annet fartøy utleder fra en *avtale* med havnen, stiller saken seg fort mer tvilsom.

I forarbeidene uttales det at mottaksplikten i § 39 ikke er ment som et «inngrep i de næringsdrivendes adgang til å gjøre avtaler [med havnen] om utnyttelse av havnen» og at «det er alminnelig anledning for havnene til å inngå avtaler med rederier, herunder ruteselskap, om forhåndsreservasjoner, fast kaiplass osv.».²²¹ Lovgiver forutsetter altså at havnen har kompetanse til å inngå avtaler med fartøy om utnyttelse av havnekapasiteten. Ettersom slike avtaler vil kunne begrense «plassforholdene» tilsvarende, vil havnene på denne måten selv kunne være delaktig i defineringen av rammene for mottaksplikten og anløpsretten for andre fartøy. Under denne synsvinkelen blir det nærliggende å spørre seg om havnene, ved inngåelse av slike avtaler, lovlig kan vektlegge egne private interesser *på bekostning* av de samfunnsmessig begrunnede hovedformålene bak § 39 og havneloven for øvrig. For det er først hvor det offentlige vektlegger hensyn som ivaretar det offentliges private interesser tyngre enn det vektet samfunnshensyn, at avgjørelsen får et privatrettslig preg. En annen måte å stille spørsmålet på er om havnens private interesser utgjør et *hovedhensyn* bak avgjørelsen, på lik linje med de samfunnsmessige hovedhensynene bak § 39 og havneloven for øvrig, eller om slike hensyn kun fremstår som *sidehensyn*²²² som ikke kan vektlegges på bekostning av de samfunnsmessige hovedhensynene. Utgjør hensynet til havnens private interesser et lovlig *hovedhensyn*, vil avveiningen mellom dette hensynet og de samfunnsmessige hensyn bak § 39 og havneloven være en del av havnens diskresjonære kompetanse når avgjørelsen treffes.²²³ Havnen vil da kunne vektlegge hensynet som ivaretar havnens egne private interesser, på bekostning av de samfunnsmessige hensynene bak § 39 og havneloven. Denne valgfriheten gir avgjørelsen et privatrettslig preg. Men dersom hensynet til havnens private interesser kun er å anse som et *sidehensyn*, vil havnen være bundet med tanke på vektingen av et slikt hensyn: «[S]idehensyn [må] ikke få dominere på bekostning av de obligatoriske hovedformål».²²⁴

²²¹ Ot.prp. nr. 75 (2007–2008), side 94 og 95.

²²² Her forstått som hensyn som ikke kan vektlegges på bekostning av hovedhensyn, ikke hovedhensyn bak andre lover som kan trekkes inn fra siden. Sml. Bernt 1978, side 269 flg. og Eckhoff/Smith 2010, side 416.

²²³ Bernt 1978, side 258.

²²⁴ Bernt 1978, side 292.

Om hensynet til havnens private interesser utgjør et *hovedhensyn* eller *sidehensyn* beror på en tolkning av det aktuelle hjemmelsgrunnlag.²²⁵ Ettersom det er § 39 som hjemler adgangen til å avgrense mottaksplikten, vil vurderingen av de lovlige hensynenes innbyrdes vekt bero på en tolkning av denne bestemmelsen. Ovenfor ble det nevnt at *hvilke* hensyn som kunne sies å ligge til grunn for forskjellsbehandling av hensyn til sikrede anløpsrettigheter, også måtte vurderes på bakgrunn av en tolkning av det rettsgrunnlag som hjemlet den særskilte anløpsretten (eks. nødretten eller avtalen). Dette vil imidlertid ikke være til hinder for at havneloven setter grenser for hvor tungt havnen kan vektlegge hensynet til egne private interesser ved *inngåelsen* av en avtale som senere brukes som rettsgrunnlag («sikret rett», jf. § 39) for å begrense andre fartøys anløpsrett.

Havneloven bygger, som nevnt tidligere i kapittel 3.3.1.1, på det formål at havnevirksomheten hovedsakelig skal fremme «effektiv og sikker havnevirksomhet som ledd i sjøtransport og kombinerte transporter samt for effektiv og konkurransedyktig sjøtransport av personer og gods innenfor nasjonale og internasjonale transportnettverk», jf. § 1 2. ledd. For å fremme dette formålet har lovgiver bevisst ikke gjort noen innskrenkninger i havnens «adgang til å gjøre avtaler om utnyttelse av havnen».²²⁶ Departementet nevner blant annet at «det må være kommersielle behov som styrer utnyttelsen av havnekapasiteten, også gjennom bruk av forhåndsreservasjoner, tildeling av fast kai plass for rutetrafikk osv. hvis ønskelig».²²⁷ Med dette åpner forarbeidene for at havnen som hovedregel må kunne vektlegge egne økonomiske interesser ved inngåelse av slike avtaler. Forarbeidene er likevel tydelige på en vesentlig ting: Havnens adgang til å inngå slike avtaler med fartøy om utnyttelse av havner kan bare skje i den utstrekning tildeling av anløpsrett, herunder kai plasser, seilingstider osv., gjennom slike avtaler «praktiseres ikke-diskriminerende og [at] alle fartøy i lovlig ærend får anløpe når det faktisk er ledig kapasitet».²²⁸ Det sistnevnte gjør klart at havnen eksempelvis ikke kan inngå såkalte eksklusivitetsavtaler, selv hvor økonomisk gunstige slike avtaler måtte være for havnen, og at sikrede bruks- og anløpsrettigheter gjennom avtale vil, utenfor urimelighetens grense («urimelig fortrengsel», jf. § 39), måtte kunne justeres for å gi plass til andre fartøy. At tildeling av bruks- og anløpsrettigheter gjennom avtale vil måtte praktiseres ikke-diskriminerende, setter også vesentlige skranker for havnens vektlegging av egne interesser ved avtaleinngåelsen. Havnen vil ikke kunne vektlegge egne private hensyn i den grad det gir

²²⁵ Eckhoff Smith 2010, side 409.

²²⁶ Ot.prp. nr. 75 (2007–2008), side 94.

²²⁷ Ot.prp. nr. 75 (2007–2008), side 94-95.

²²⁸ Ot.prp. nr. 75 (2007–2008), side 94.

seg utslag i en usaklig prioritering av et fartøy. Havnen kan heller ikke vektlegge egne private interesser ved inngåelse av avtalen i den grad dette medfører at avtalen er skadelig for konkurransen i skipsfarten. Begrensningene i vektleggingen av egne private interesser vil også gjelde i den grad dette vil være negativt for en stabil og forutsigbar tilgang på viktig infrastruktur. Det gjennomgående for disse eksemplene er at havnen bare vil kunne vektlegge egne private interesser ved inngåelse av avtaler som gir fartøy sikrede anløpsrettigheter i den utstrekning slike private interesser ikke kommer i konflikt med de samfunnsmessig begrunnede hovedformål med havnevirksomheten. Dette taler for at hensynet til havnens egne private interesser kun utgjør et lovlig sidehensyn.

Hvor plassforholdene gjør det umulig for to fergereederier å anløpe samtidig, vil havnen likevel måtte prioritere et av fartøyene for i det hele tatt å oppfylle mottakplikten så langt de faktiske plassforholdene tillater det. Også slik prioritering/forskjellsbehandling vil måtte begrunnes med hensyn som ligger til grunn for § 39. Departementet uttaler nemlig at «om en forskjellsbehandling er lovlig, vil måtte vurderes opp mot hensynene bak mottakplikten, særlig hensynet til å legge til rette for konkurranse i sjøtransporten, men også behovet for å sikre viktig infrastruktur for varedistribusjon og sikre likebehandling uavhengig av nasjonalitet og andre usaklige kriterier».²²⁹ Departementet er tydelige på at «bestemmelse[n] om mottakplikt i havneloven [...] hovedsaklig er basert på hensynet til konkurranse i sjøtransporten».²³⁰ Videre uttaler departementet dessuten at bestemmelsen er utformet med hensyn til «det samfunnsmessige behov for en stabil og forutsigbar tilgang på viktig infrastruktur, særlig for å sikre varedistribusjon», og videre, at dette samfunnsmessige behov ivaretas «mer konsekvent og saklig dersom havner som vil innføre begrensninger på mottak, må sørge for at disse er i samsvar med lovfastsatte formål».²³¹ De hovedhensyn som departementet mener ligger til grunn for mottakplikten, ivaretar utelukkende sentrale samfunnsinteresser. Likevel vil vektlegging av disse hensynene, eksempelvis hensynet til konkurranse, sikring av infrastruktur og varedistribusjon osv., vanskelig kunne løse alle spørsmålet om hvilket fartøy havnen skal prioritere i situasjonen nevnt ovenfor, hvor plassforholdene gjør det umulig for to fergereederier å anløpe samtidig.

²²⁹ Ot.prp. nr. 75 (2007–2008), side 95.

²³⁰ Ot.prp. nr. 75 (2007–2008), side 176.

²³¹ Ot.prp. nr. 75 (2007–2008), side 94.

Det er et uttalt ønske i havnelovens forarbeider at de offentlige havnene i større grad skal driftes kommersielt.²³² Dette begrunnes i et overordnet politisk ønske om å øke sjøtransportens markedsandeler.²³³ Målsettingen er å gjøre det mer attraktivt for næringsdrivende å flytte person- og godstransport bort fra luft- og landbasert infrastruktur og over til sjø. En kommersialisering av havnedriften gjennom markedsrettet produksjon og tilbud av havnetjenester vil etter sigende gjøre det tydelig for havnene at de er en del av et samlet transporttilbud, noe som krever at havnene driftes på en måte som er attraktiv for eksisterende og potensielle havnebrukere.²³⁴ Hovedformålet bak ønsket om mer kommersialisert havnedrift er altså ikke å øke de offentlige inntektene, men snarere å gjøre sjøtransport mer attraktiv for transportering av personer og distribusjon av varer.

I juridisk litteratur tas det likevel til orde for at havnen da må kunne la egne kommersielle vurderinger få være avgjørende hvor plassforholdene gjør det umulig for to fergereederier å anløpe samtidig. Østgård uttaler at «man kunne tenke seg at det for de offentlige havner gjelder et likhetsprinsipp [overfor fartøyene], men loven legger opp til en økt kommersialisering av driften også i offentlige havner, og det får betydning for blant annet mottaksplikten, slik at også offentlige havner kan ta slike forretningsmessige hensyn», og videre: «[H]vis det altså er plass til bare ett fartøy for øyeblikket må havnen kunne prioritere det fartøy som det [for havnen] er forretningsmessig gunstigst å ta imot».²³⁵ Dette synes også rimelig så lenge havnen ikke på annen måte kan fordele plassene på en bedre måte sikrer likebehandling og effektiv konkurranse mellom fartøyene. Havnen kan altså ikke sies å forfølge et selvstendig kommersielt formål når den i slike tilfeller prioriterer det fartøyet som er kommersielt mest gunstig. At havnens kommersielle hensyn blir det avgjørende i en konkret sak, betyr altså ikke at det har fått status som *hovedhensyn* bak avgjørelsen. Forutsetningen for å kunne vektlegge havnens kommersielle hensyn i slike tilfeller er at de samfunnsmessig begrunnede hovedhensyn bak § 39 ikke er egnet til å fastslå hvilket alternativ havnen må gå for. Det betyr ikke at havnen kan vektlegge kommersielle hensyn i den grad dette ville stride med de samfunnsmessig begrunnede hovedhensynene bak § 39.

Selv om havneloven altså legger opp til en mer kommersialisert drift av havnene, er det ingenting ved lovgivers motiver som tilsier at man skal kunne forskjellsbehandle et fartøy ved

²³² Ot.prp. nr. 75 (2007–2008), kapittel 3.1.8, side 17 flg.

²³³ Ot.prp. nr. 75 (2007–2008), side 17.

²³⁴ Ot.prp. nr. 75 (2007–2008), side 18.

²³⁵ Østgård 2015, side 195 og 196, selv om han tilsynelatende har en noe annen oppfatning nederst på side 200.

å vektlegge hensynet til havnens kommersielle interesser på bekostning av de samfunnsmessig begrunnede hovedhensyn bak § 39 og havneloven for øvrig. Men dette er selvsagt ikke til hinder for at en forskjellsbehandling som hovedsakelig begrunnes med de samfunnsmessige hovedhensyn i havneloven *samtidig* fullt ut imøtekommer havnens kommersielle interesser. Det vil eksempelvis være i tråd med havnelovens formål om å tilrettelegge for fri konkurranse i sjøtransporten at havnen lar det fartøy som betaler mest få slippe til ved den siste ledige plassen i havnen.

Etter dette fremstår havnens private interesser som et lovlig fakultativt sidehensyn²³⁶ som kan vektlegges til støtte for en avgjørelse som for øvrig er i tråd med de samfunnsmessig begrunnede hovedhensyn bak mottakplikten og i havneloven for øvrig. Havnens kommersielle interesser kan sågar være avgjørende for en konkret forskjellsbehandling, så lenge forskjellsbehandlingen ikke strider med de samfunnsmessig begrunnede hovedhensynene bak § 39 og havnelovens hovedformål i § 1. Litt billedlig kan en si at havnens kommersielle interesser vil være avgjørende i den utstrekning det får en ellers balansert vektskål av havnelovens hovedhensyn til å tippe i den ene eller andre retning.

I det nevnte tilfellet hvor plassforholdene gjør det umulig for to fergerederier å anløpe samtidig, vil havnen altså kunne prioritere det fartøy som tilbyr den høyeste prisen, så lenge vektleggingen ikke kommer i konflikt med de samfunnsmessig begrunnede hensynene bak § 39 om å sikre fri konkurranse og stabil og forutsigbar tilgang på viktig infrastruktur. Havnen kan eksempelvis ikke inngå en forretningsmessig svært gunstig avtale med ett av fartøyene om å utnytte havnen alene i en lengre tidsperiode. Å oppta havnens kapasitet over en slik lengre periode ville stride med likhetsprinsippet som § 39 bygger på, hensynet til effektiv utnyttelse av viktig infrastruktur og hensynet til fri konkurranse i sjøtransporten. Havnen måtte da ha nedprioritert sine økonomiske interesser og istedenfor fordelt havnekapasiteten eksempelvis etter ulike seilingstider til fartøyene. Slik tildeling måtte ha skjedd på bakgrunn av ikke-diskriminerende prinsipper – ikke på bakgrunn av havnens økonomiske interesser.

Betyr det faktum at havnene kan la økonomiske hensyn være utslagsgivende for en tildeling at havnens forskjellsbehandling i disse tilfellene får et privatrettslig preg? Blir en slik avgjørelse virkelig å regne som en «del av havnens *privatrettslige* tjenestetilbud», slik Østgård

²³⁶ Se Bernt 1978, side 268 flg.

hevder?²³⁷ Jeg mener nei, og begrunner dette standpunkt hovedsakelig med at havnens private interesser ikke kan vektlegges på bekostning av de samfunnsmessig begrunnede hensyn bak § 39 og havneloven for øvrig om likebehandling av fartøy, å sikre effektiv konkurranse mellom i sjøtransportnæringen og å sikre fartøy allmenn og ikke diskriminerende tilgang til viktig infrastruktur.

Dessuten vil det faktum at havnekapitalen er bestemt til utpregede samfunnsformål, jf. § 48, dempe det kommersielle preget ved avgjørelsene der havnens økonomiske interesser er avgjørende. Som tidligere nevnt er departementet krystallklar: «om en forskjellsbehandling er lovlig, vil måtte vurderes opp mot hensynene bak mottaksplikten, særlig hensynet til å legge til rette for konkurranse i sjøtransporten, men også behovet for å sikre viktig infrastruktur for varedistribusjon og sikre likebehandling uavhengig av nasjonalitet og andre usaklige kriterier».²³⁸ Hensynet til havnens økonomiske interesser kan da bare vektlegges som sidehensyn, som angitt ovenfor. Det er kun karakteren av de lovlige hovedhensyn bak mottaksplikten og i havneloven for øvrig som vil kunne sette et *dominerende* preg på avtaler med fartøy om «sikret rett» til av havnen. Ved inngåelse av en avtale med et fartøy om en «sikret rett» til utnyttelse av havnen vil havnen ikke kunne vektlegge egne private interesser i strid med § 39 og havnelovens samfunnsmessig begrunnede formål om å øke konkurransen i sjøtransporten og å sikre viktig infrastruktur for varedistribusjon.²³⁹ Disse hensyn forfølger utpregede samfunnsmessige interesser. Avtaler om prioriterte anløpsrettigheter vil derfor også hovedsakelig være begrunnet av hensyn til samfunnsmessige interesser. Havnens regulering av et fartøys anløp og bruk av havnefasiliteter, som følge av dets urimelige fortrengsel av et annet fartøys avtalebaserte prioriterte anløpsrett, vil derfor, sagt med Lovavdelingens egne ord, «først og fremst [være] motivert ut fra offentligrettslige behov».²⁴⁰ Havnens avgjørelse om å forskjellsbehandle i disse tilfellene vil dermed ha et mer offentligrettslig enn privatrettslig preg.

²³⁷ Østgård 2015, side 196.

²³⁸ Ot.prp. nr. 75 (2007–2008), side 95.

²³⁹ Ot.prp. nr. 75 (2007–2008), side 95.

²⁴⁰ JDLOV-1989-723.

3.4 Formålet med avgjørelser som gjør unntak fra mottaksplikten etter § 39 1. ledd 2. punktum

Selv om havnen har kapasitet til anløpet, slik at havnen i utgangspunktet har en mottaksplikt, jf. § 39 1. ledd 1. punktum, er det gjort unntak fra mottaksplikten for enkelte situasjoner der skipsanløpet medfører særlige ulemper for havnen og/eller for samfunnet. Lovgiver har ansett fordelene ved å nekte slike fartøy anløp i slike situasjoner mer tungtveiende enn fordelene ved å la dem anløpe.

Vilkårene for å gjøre slike unntak følger av § 39 1. ledd 2. punktum som lyder:

«Eiere og operatører av havner og havneterminaler kan fastsette begrensninger i adgangen til å anløpe havn, av hensyn til sikkerhet, miljø og fiskerinæringen.»

Mens § 39 1. ledd 1. punktum slår fast at mottaksplikten gjelder «i det omfang» plassforholdene tillater det, har 1. ledd 2. punktum en noe annen oppbygning. Bestemmelsen i 2. punktum gir havnen adgang til å «fastsette begrensninger i adgangen til å anløpe havn».

En naturlig forståelse av å «fastsette begrensninger i adgangen til å anløpe havn» er at det kan foretas *inngrep* i fartøyenes anløpsrett. På denne måten vil 2. punktum virke som inngrepshjemmel for havnen.

Avgjørelser som innebærer *inngrep* i privates rettssfære, har som regel et sterkt offentligrettslig preg. Begrunnelsen for dette er hovedsakelig at avgjørelsene ofte representerer en form for offentlig maktutøvelse som har stor betydning for den enkelte borger, som igjen skaper et behov for rettssikkerhetsgarantier gjennom anvendelse av regelsett som setter rammer for offentliges maktutøvelse.

At det er snakk om et «inngrep» er imidlertid ikke nok i seg selv. Inngrepet må i tillegg forfølge offentlige formål for å få et offentligrettslig preg. Hvis det offentlige eksempelvis lovlig inngår en avtale på kommersielle premisser, vil et uaktsomt kontraktsbrudd fra det offentlige kunne fremstå som et inngrep overfor den private medkontrahent. Men bruddet på avtalen får ikke et offentligrettslig preg av den grunn. Rettsforholdet vil fortsatt reguleres av privatrettslige regler om kontraktsbrudd. På tilsvarende måte vil et forbud mot å sette opp plakater på offentlig eiendom som enhver har adgang til, kunne fremstå som inngrep overfor borgerne. Er slike inngrep begrunnet ut fra hensynet til det offentliges private eierinteresser,

vil heller ikke slike inngrep ha et offentligrettslig preg. Begrunnes derimot forbudet med at man ønsker å forby visse politiske ytringer, vil forbudet forfølge offentlige formål og av den grunn få et offentligrettslig preg.

Med denne vide forståelsen av begrepet «inngrep» vil unntaksavgjørelser i kraft av havneloven § 39 1. ledd 2. punktum utvilsomt utgjøre inngrep overfor fartøyene som rammes. Det er heller ikke vanskelig å forestille seg at slike avgjørelser potensielt vil kunne ha svært store konsekvenser for fartøyene. Men om avgjørelsene har et offentligrettslig eller privatrettslig preg, vil altså også måtte bero på hvorvidt det aktuelle hensyn som begrunner avgjørelsen (altså enten «sikkerhet», «miljø» eller «fiskerinæringen») forfølger havnens private interesser eller samfunnsmessige interesser i det konkrete tilfelle.

3.4.1 Unntak av hensyn til «fiskerinæringen»

Det ligger i sakens natur at regulering av et fartøys anløpsrettigheter av hensyn til «fiskerinæringen» vil være motivert av et politisk ønske om å sikre næringsgrunnet og infrastrukturen for fiskefartøyene og fiskeriene. Ettersom slike avgjørelser forfølger utpregede samfunnsinteresser, får de et tydelig offentligrettslig preg.

3.4.2 Unntak av hensyn til «sikkerhet»

På den annen side vil begrepene «sikkerhet» og «miljø» måtte forstås som å kunne ivareta både havnens egne interesser og samfunnsinteresser. Spesielt vil en naturlig forståelse av «sikkerhet» åpne for at havnen kan begrense anløpsrettigheter av hensyn til fartøyets skadepotensial overfor både havnens egen eiendom og områder utenfor havnens eiendomsgrense. Hvem sin sikkerhet det er aktuelt å ivareta, må derfor vurderes konkret i hvert tilfelle. Østgård antar at hvis fartøyet har et skadepotensial utover en offentlig havns eiendomsgrense, vil reguleringen av fartøyets anløpsrett hovedsakelig skje av hensyn til den alminnelige sikkerhet og på denne måten få et offentligrettslig preg.²⁴¹ Dette er jeg enig med ham i. Tilsvarende vil regulering av hensyn til «sikkerhet» få et privatrettslig preg dersom skadepotensialet ikke rekker lenger enn til havnens egen eiendom.

²⁴¹ Østgård 2015, side 198.

Arten av de goder og interesser som havnen kan kreve «sikkerhet» for, følger ikke opplagt av ordlyden. Jeg har allerede nevnt at regulering kan begrunnes av hensyn til «sikkerhet» for skade på eiendom, men «sikkerhet» for personer og dyr vil naturligvis også omfattes.

Forarbeidene er imidlertid tydelige på at bestemmelsen ikke omfatter havnens *økonomiske* «sikkerhet». Hensynet til havnens private interesser kan altså ikke begrunne begrensning i anløpsretten når fartøyet eksempelvis ikke kan eller vil betale for seg. Departementets begrunnelse er enkel nok: Muligheten for å begrense anløpsretten av hensyn til havnens økonomiske sikkerhet «ville lett kunne uthule mottakplikten».²⁴² Østgård synes å være enig i at kriteriet «sikkerhet» ikke dekker økonomisk sikkerhet. Han hevder imidlertid at havnen, for å sikre sine økonomiske interesser, kan nekte fartøy anløpsrettigheter på bakgrunn av privatrettslige regler.²⁴³ Dette mener jeg strider med lovgivers forutsetning.²⁴⁴ Det uttales jo tydelig at en regel som lar havnens private interesser få innvirkning på fartøys anløpsrett «ville lett kunne uthule mottakplikten».²⁴⁵

3.4.3 Unntak av hensyn til «miljø»

Kriteriet «miljø» vil i likhet med kriteriet «sikkerhet» naturlig forstås å kunne ivareta både havnens interesser og generelle samfunnsinteresser, alt avhengig av hvem miljøtrusselen ved fartøyet retter seg mot. Ordlyden er for vag til å si noe bestemt om hvilke konkrete miljøtrusler som vil kunne aktivere kriteriet. Det er likevel mest naturlig å anta at det er trusselen mot alvorlig og ekstraordinær forurensning lovgiver har hatt i tankene, spesielt sett i lys av at departementet nettopp trekker frem «utslipp» fra fartøy og «fare for stråleskader» fra «atomdrevet fartøy» som eksempler på miljøtrusler.²⁴⁶ Som regel vil et fartøy som utgjør en miljøtrussel av den typen forarbeidene her har hatt for øyet, ikke bare true havnens private interesser, men i aller høyeste grad også true samfunnets interesser. En må derfor anta at i de fleste tilfeller der havnen lovlig regulerer et fartøys anløpsrettigheter av hensyn til «miljø», så er dette hovedsakelig motivert av å verne om samfunnsinteresser. Slike avgjørelser vil dermed ha et offentligrettslig preg.

²⁴² Ot.prp. nr. 75 (2007–2008), side 176.

²⁴³ Østgård 2015, side 195.

²⁴⁴ Se kapittel 3.3.1.4.

²⁴⁵ Ot.prp. nr. 75 (2007–2008), side 176.

²⁴⁶ Ot.prp. nr. 75 (2007–2008), side 176.

3.5 Fartøyenes reelle behov for at forvaltningslovens rettssikkerhetsgarantier skal få anvendelse ved regulering av anløpsrett

Så lenge kommunene har eiet havner, har disse vært allment tilgjengelige. Man har hatt «adgang til å oppholde seg i havnen, ferdes i havnen og fartøy har hatt rett til fri bruk av havnene i havnedistriktet».²⁴⁷ Begrunnelsen for en slik alminnelig adgang til havner har vært at anløpsrett har vært, og er fortsatt, en forutsetning for vare- og persontransport langs kysten, samt til og fra utlandet. De offentlige havnenes betydning for en effektiv og konkurransedyktig sjøtransportnæring fremgår også av havnelovens forarbeider, som nettopp begrunner mottakplikten i § 39 med at havner utgjør «viktig infrastruktur».²⁴⁸ Hvordan en havn kan fremstå som viktig infrastruktur illustreres eksempelvis av Fjord Line-saken hvor Kristiansand tingrett uttalte at «havnen er [...] offentlig eiendom og utgjør viktig infrastruktur for hele landsdelen. Kristiansand havn er klassifisert som en viktig nasjonal havn, og den har betydning både for kontakt med kontinentet og for turisme og næringsvirksomhet i hele regionen».²⁴⁹

Ofte har de kommunale havnene faktisk monopolstilling, slik at fartøy ikke har noen reelle alternative havner å anløpe. Dette var også situasjonen i Fjord Line-saken. Kristiansand havn satt som et vilkår for at Fjord Line kunne benytte havnen at rederiet ikke kunne seile på sesongbases, men måtte drive helårsseilinger. Dette ble så ulønnsomt for rederiet at det kommersielle grunnlaget for å drive fergevirksomhet fra havnen falt bort. Om de store konsekvensene som havnens regulering av anløpsretten hadde for Fjord Line uttaler Kristiansand tingrett at «[s]om Kystverket påpeker, er både havnens faktiske monopolstilling og det ensidig fastsatte vedtakets betydning for FL momenter som underbygger at havnestyret her utøver offentlig myndighet».²⁵⁰

Fartøy som anløper offentlige havner er ofte næringsdrivende og i konkurranse med andre fartøy som anvender samme havn. Det vil derfor lett kunne medføre store økonomiske konsekvenser for fartøyet dersom det får sin anløpsrett begrenset. Behovet for en betryggende saksbehandling for slike begrensinger gjør seg derfor sterkt gjeldende. Dette ble også påpekt i

²⁴⁷ Havnelovutvalgets utredning, side 136.

²⁴⁸ Ot.prp. nr. 75 (2007–2008), side 176.

²⁴⁹ TKISA-2009-137542.

²⁵⁰ TKISA-2009-137542.

Fjord Line-saken, hvor Agder lagmannsrett følgende: «havnestyrets beslutninger fremstår i tillegg som meget inngripende overfor Fjord Line. Rederiet hadde etablert en fergerute på den aktuelle strekningen og foretatt betydelige investeringer. Det var gjort kjent at havnen primært ønsket rederier som kunne seile året rundt. Ved opphevelsen av fartsplanene i september 2007 og seilingsnektelsen i oktober 2008 ble dette ønsket for første gang håndhevet som et absolutt vilkår for anløpsrett. Dette ble gjort uten forhåndsvarsel, kunngjøring eller nærmere utredning av hvilke konsekvenser vedtakene fikk for Fjord Line. Rederiet hadde ingen mulighet til å etterleve havnens krav og lagmannsretten finner det sannsynliggjort at de vilkår havnen stilte førte til at Fjord Line måtte gjennomføre ulønnsomme vinterseilinger i 2008 og innstille fergeruten i 2009».²⁵¹

Selv hvor det ikke har stått såpass omfattende økonomiske interesser på spill som det gjorde i Fjord Line-saken, har man i praksis antatt at avgjørelser kan ha stor betydning for den enkelte borger så lenge det er snakk om et knapphetsgode.²⁵² Selv tildeling av småbåtplasser anses som avgjørelser av stor betydning for borgerne, fordi det utgjør et knapphetsgode.²⁵³

Slik havnetilbudet er i dag, må tilgang på kommunale havner anses som et knapphetsgode. Dette er også grunnen til at vi har en havnelov som angir hvilke hensyn som kan begrunne regulering av fartøyenes bruk av havnen.²⁵⁴ Ettersom fartøyene opererer innenfor et svært begrenset marked for havnetjenester vil selv objektivt sett beskjedne reguleringer av fartøyets anløpsrett, herunder rett til bestemt kai plass og bestemte seilingstider, og rett til å få anvende nødvendige havnefasiliteter, som regel være av stor betydning for fartøyet.

3.6 Oppsummering

Spørsmålet i kapittel 3 har vært om avgjørelser i medhold av havneloven § 39 1. ledd er «utøving av offentlig myndighet» etter forvaltningsloven. Utgangspunktet er at havnene utleder kompetansen til å treffe slike avgjørelser i eierrådigheten. Dette taler isolert sett for at avgjørelsene forfølger private interesser. Spørsmålet har derfor vært om de avgjørelser som kommunale haver treffer i medhold av § 39 til tross for rettsgrunnlagets karakter, har et

²⁵¹ RG 2011 s. 810.

²⁵² Se til illustrasjon SOM-2012-460, hvor Sivilombudsmannen uttalte at forvaltningslovens rettsikkerhetsgarantier burde komme til anvendelse ved behandling av søknad om internatplass fordi slik plass utgjorde et knapphetsgode.

²⁵³ Se uttalelse i SOMB-2009-4.

²⁵⁴ Se Havnelovutvalgets utredning, side 137.

offentligrettslig preg. Avgjørende for dette har vært om de ulike avgjørelsene som havnen treffer i medhold av § 39 1. ledd forfølger offentlige/samfunnsmessige formål og om det foreligger et reelt behov for at forvaltningslovens rettsikkerhetsgarantier for en betryggende saksbehandling skal komme til anvendelse.

3.6.1 Avgjørelser som regulerer fartøys anløpsretter etter § 39 1. ledd 1. punktum

Mottaksplikten bygger på utpregede offentlige hensyn som ivaretar viktige samfunnsinteresser. Kommunale havners egne kommersielle formål knyttet til å motta fartøy synes, i motsetning til privateide offentlige havner, ikke å være fremtredende, siden inntektene fra kommunal havnevirksomhet (havnekapitalen) er bestemt til havneformål som igjen skal komme samfunnet til gode.

Mottaksplikten er dessuten ikke betinget av at fartøyet betaler for seg. Forarbeidene er tydelige på at havnens økonomiske sikkerhet ikke er et lovlig hensyn for å begrense mottaksplikten.²⁵⁵ Havnens sikkerhet for vederlaget er derfor dårlig. Kravet på vederlag for fartøyets anløp og bruk av havnen vil likevel kunne forfølges etter privatrettslige regler, i den grad disse ikke innskrenker mottaksplikten eller er unntatt anvendelse i medhold av lov (eksempelvis havneloven § 55).

Hensynene bak mottaksplikten, havnetjenestenes preg og karakteren av rettsforholdet mellom havn og fartøy tilsier derfor at havnevirksomheten har preg av *fordeling* av goder. Dette taler for at avgjørelser som kommunale havner treffer i forbindelse med slik havnevirksomhet har et offentligrettslig preg. Dette demper således det privatrettslige preget som følger at havnen utleder kompetansen til å treffe avgjørelser i medhold av § 39 1. ledd fra eierrådigheten.

Avgjørelser om å regulere fartøyenes anløpsrett må være begrunnet i lovfastsatte formål og hensyn. Loven åpner for at anløpsretten vil kunne begrenses av hensyn til «plassforholdene» i havnen. Dette viser fortrinnsvis til naturlige hindringer i havnen som umuliggjør anløp. Slike avgjørelser begrunnes hovedsakelig av hensyn til havnens private interesser, og har således et

²⁵⁵ Ot.prp. nr. 75 (2007–2008), side 176.

privatrettslig preg. Slike avgjørelser vil ikke innebære offentlig myndighetsutøvelse etter forvaltningsloven.

Plassforholdene kan også være begrenset av en sikret, eller prioritert, anløpsrett. Sikrede anløpsrettigheter som hjemles i lov, traktat, sedvane osv., vil som regel forfølge samfunnsmessige formål. Avgjørelser som regulerer andre fartøys anløpsrett av hensyn til slike sikrede anløpsretter vil derfor ha et offentligrettslig preg.

Havnens avtaler med fartøy kan også utgjøre et rettsgrunnlag for en sikret anløpsrett. Ved inngåelsen av slike avtaler kan havnen vektlegge kommersielle hensyn, men ikke slik at det vil stride med de samfunnsmessige hensyn som ligger til grunn for § 39 og havnelovens øvrige formål. Havnens kommersielle hensyn kan derfor utgjøre en *grunn* for å inngå avtale om en prioritert anløpsrett for et fartøy, men vil ikke kunne være det dominerende hensyn bak en slik avtale. Slik avtalebasert tildeling av sikrede anløpsretter vil ikke kunne stride mot de samfunnsmessige hensyn som havneloven og § 39 bygger på. Når havnen begrenser et fartøys anløpsrett, fordi dets anløp vil være til «urimelig fortrengsel» for et annet fartøys avtalebaserte sikrede anløpsrett, vil en slik begrensning fortrinnsvis forfølge samfunnsmessige hensyn. Begrunnelsen er at havnen ikke kan inngå anløpsrettsavtaler som er i strid med de samfunnsmessige hovedhensynene bak § 39 og havneloven for øvrig. Disse vil dermed alltid være de dominerende formål bak slike avtaler. Denne type begrensninger av anløpsretter vil derfor ha et offentligrettslig preg.

Selv om avgjørelser som regulerer fartøyenes anløpsrett som regel har stor betydning for det enkelte fartøy vil det kun være et reelt behov for å la forvaltningslovens saksbehandlingsregler i kapittel IV–VI komme til anvendelse hvor de «avgjørelser som treffes [får] betydning for den enkelte borgers offentligrettslige forhold». Når havnen regulerer et fartøys anløpsrett, vil derfor kun de avgjørelser som har et offentligrettslig preg, ha betydning for det enkelte fartøys offentligrettslige forhold. Disse vil anses å være truffet under «utøving av offentlig myndighet», jf. forvaltningsloven § 2 1. ledd a) og således være «enkeltvedtak», jf. 1. ledd b).

Etter dette er konklusjonen at de ovenfor nevnte avgjørelser som har et offentligrettslig preg er truffet under «utøving av offentlig myndighet» og innebærer således «enkeltvedtak», jf. forvaltningsloven § 2 1. ledd b), jf. a). Forvaltningslovens saksbehandlingsregler i kapittel IV–VI kommer derfor til anvendelse på slike avgjørelser, jf. § 3. 1. ledd.

3.6.2 Avgjørelser som gjør unntak fra mottaksplikten etter § 39 1. ledd 2. punktum

Havnen vil kunne gjøre unntak fra mottaksplikten selv om det er ledig plass i havnen av hensyn til «sikkerhet, miljø og fiskerinæringen», jf. § 39 1. ledd 2. punktum.

Å gjøre unntak fra mottaksplikten av hensyn til fiskerinæringen vil klart forfølge samfunnsmessige formål og således ha et offentligrettslig preg.

Unntak fra mottaksplikten som begrunnes med miljøhensyn, vil som regel forfølge offentlige/samfunnsmessige formål, ettersom de miljøtrusler som unntaket er ment å verne mot, hovedsakelig vil fremstå som en trussel for samfunnet, og ikke bare for havnen. Havneområdene anses dessuten ikke som særlige sårbare områder for miljøtrusler, mens havnebassenget og luften vil være det. Unntak i mottaksplikten av hensyn til miljø vil derfor som regel ha et offentligrettslig preg.

Om unntak av hensyn til sikkerhet har et privatrettslig eller offentligrettslig preg, vil bero på hvilke interesser sikkerhetsrisikoen retter seg mot. Utgjør fartøyet kun en sikkerhetsrisiko overfor havnens eiendom, vil unntaket forfølge hensyn som ivaretar havnens private interesser og således ha et privatrettslig preg. Men dersom sikkerhetsrisikoen er av mer samfunnsskadelig art, eksempelvis eksplosjonsfare, vil unntaket forfølge hensyn som ivaretar samfunnsinteresser. Slike unntak av hensyn til «sikkerhet» vil da ha et offentligrettslig preg.

Avgjørelser som gjør unntak fra mottaksplikten vil fremstå som inngrep i fartøyets lovbestemte anløpsrett. Slike avgjørelser vil av denne grunn tilsi at fartøyene har et behov for en betryggende saksbehandling. Å bli nektet anløp vil som regel alltid ha stor betydning for et fartøy, jf. kapittel 3.5. Så lenge avgjørelsen det er snakk om har et offentligrettslig preg, vil den derfor være å anse som truffet under «utøving av offentlig myndighet», og således innebære «enkeltvedtak», jf. forvaltningsloven § 2 1. ledd b), jf. a). Forvaltningslovens saksbehandlingsregler i kapittel IV–VI vil i så fall komme til anvendelse på slike avgjørelser, jf. § 3. 1. ledd.

4 Betydningen av det konkurranserettslige foretaksbegrep

4.1 Innledning

Mine vurderinger av om havners avgjørelser i medhold av havneloven § 39 innebærer «utøving av offentlig myndighet», har til nå tatt utgangspunkt i en forvaltningsrettslig tilnærming til spørsmålet. Dette er selvsagt naturlig ettersom det underliggende spørsmål er om forvaltningslovens saksbehandlingsregler i kapittel IV–VI kommer til anvendelse. Men som avhandlingen viser, vil det likevel til tider kunne by på krevende vurderinger å avgjøre om havnenes avgjørelser er truffet under utøving av offentlig myndighet eller som ledd i havnens forretningsvirksomhet.

I konkurranseretten sondres det også mellom utøving av offentlig myndighet og forretningsvirksomhet. Grensen har her betydning for om forbudsbestemmelsene i konkurranseloven kapittel 3, spesielt §§ 10 og 11, kommer til anvendelse på det offentliges virksomhet.

Selv om havneloven § 39 har til hensikt å tilrettelegge for fri konkurranse i sjøtransporten, så følger det av bestemmelsens forarbeider at bestemmelsen vil utfylles av konkurranselovens forbudsbestemmelser i §§ 10 og 11.²⁵⁶ Selv om en avgjørelse om å tildele eller nekte plass i en havn er i tråd med havneloven § 39, kan avgjørelsen altså være ulovlig etter konkurranserettslige regler. Avgjørende for at konkurranselovens forbudsbestemmelser skal komme til anvendelse, er imidlertid at havnene opptrer i kraft av å være «foretak», jf. §§ 10 og 11. I konkurranseloven er begrepet «foretak» definert som «enhver enhet som utøver privat eller offentlig ervervsvirksomhet», jf. § 2. Samtidig uttaler departementet at «[p]å lignende måte som det etter konkurranseloven fra 1993 må trekkes en grense mellom ervervsvirksomhet og offentlig myndighetsutøvelse, må det også foretas en avgrensning mellom foretak og offentlig myndighetsutøvelse».²⁵⁷ Når forarbeidene til havneloven da forutsetter at havnens virksomhet under § 39 omfattes av konkurranselovens forbudsbestemmelser, forutsetter de samtidig at havnevirksomhet under § 39 er

²⁵⁶ Ot.prp. nr. 75 (2007–2008), side 94.

²⁵⁷ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004), side 221.

erhvervsvirksomhet (forretningsvirksomhet) i konkurranserettslig forstand. Spørsmålet i det følgende blir om det de lege ferenda ville vært hensiktsmessig å legge til grunn det konkurranserettslige myndighetsbegrep i spørsmål om havnen utøver offentlig myndighet i forvaltningsrettslig forstand. Som nevnt i kapittel 1.4 synes dette nemlig å være lagt til grunn av Graver. Han uttaler at «[h]vis det er offentlig myndighetsutøvelse, kommer for eksempel forvaltningslovens bestemmelser for enkeltvedtak eller forskrift til anvendelse [...]. Hvis det ikke er myndighetsutøvelse, vil konkurranseloven kapittel 3 om forbud og adgang til å gripe inn mot konkurransebegrensende avtaler og misbruk av en dominerende markedsposisjon komme til anvendelse».²⁵⁸

I forarbeidene til konkurranseloven har departementet lagt til grunn at begrepet «foretak» skal forstås «i samsvar med foretaksbegrepet i EU/EØS-retten og vil være underlagt rettsutviklingen der».²⁵⁹ En vil derfor måtte tolke «foretak» i lys av EU-domstolens forståelse av begrepet. Siden foretaksbegrepet er autonomt, vil konkurransereglens virkeområde selvsagt måtte avgrenses mot det EU/EØS-rettslige myndighetsbegrep. Dersom vurderingen av det EU/EØS-rettslige myndighetsbegrep har tilstrekkelige likhetstrekk med vurderingen av det forvaltningsrettslige myndighetsbegrep, vil rettspraksis fra EU-domstolen kunne ha relevans i vurderingen av hvorvidt offentlig enheter, eksempelvis kommunale havner, utøver offentlig myndighet i forvaltningsrettslig forstand.

Et svar på hvorvidt det vil være hensiktsmessig å legge til grunn det konkurranserettslige myndighetsbegrep i spørsmål om havnen utøver offentlig myndighet i forvaltningsrettslig forstand, fordrer ikke en gjennomgang av de materielle krav for at konkurranseloven §§ 10 og 11 skal forby havneavgjørelser truffet i medhold av havneloven § 39. Men for å belyse relevansen av spørsmålsstillingene ovenfor kan det nevnes at de motsvarende bestemmelsene i TFEU artikkel 101 og 102 og EØS artikkel 53 og 54 har vært anvendt av EU-domstolen, EU-Kommisjonen og ESA overfor havner i saker om tildeling av plass i havn, avtaler om fartøys havnebruk, nekting av anløp osv.²⁶⁰ I disse tilfellene har havnene blitt ansett som «foretak» og har følgelig ikke blitt ansett å utøve offentlig myndighet i EU/EØS-rettslig forstand.

²⁵⁸ Graver 2007, side 223.

²⁵⁹ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004), side 34 og 68.

²⁶⁰ Se eksempelvis avgjørelsene *Sealink* sak 94/19/EC, *Rødby Havn* sak 94/119/EF og *Color Line* sak 5912.

Det vil da være av interesse å se nærmere på foretaksbegrepet og spesielt på hvordan det avgrenses mot offentlig myndighetsutøvelse. Det interessante i denne sammenheng er for det første om kriteriene for å fastslå EU/EØS-rettslig myndighetsutøvelse har likhetstrekk med kriteriene for å fastslå forvaltningsrettslig myndighetsutøvelse og for det andre om EU-domstolens begrunnelse for å avgrense foretaksbegrepet mot det EU/EØS-rettslige myndighetsbegrep er den samme som for gresnedragningen mellom forvaltningsrettslig myndighetsutøvelse og forretningsvirksomhet. Hvis dette er tilfelle, vil det være gode grunner for å tolke det forvaltningsrettslige myndighetsbegrep konformt med det EU/EØS-rettslige myndighetsbegrep. Dette vil gjøre avgrensningen mellom offentlig myndighetsutøvelse og forretningsvirksomhet enklere grunnet omfattende EU/EØS-rettspraksis på området. Legges det konkurranserettslige myndighetsbegrepet til grunn i spørsmål om havnen utøver offentlig myndighet i forvaltningsrettslig forstand, vil en i så tilfelle med letthet kunne slå fast at avgjørelsene ikke utgjør «vedtak» etter forvaltningsloven § 2 1. ledd a) og at forvaltningslovens saksbehandlingsregler i kapittel IV–VII ikke kommer til anvendelse på forholdet så lenge havnene opptrer som «foretak», jf. konkurranseloven § 2.

I kapittel 4.2 tar jeg derfor for meg kriteriene for å avgrense det EU/EØS-rettslige foretaksbegrepet mot offentlig myndighet. Deretter vil jeg i kapittel 4.3 sammenlikne begrepets rekkevidde med det forvaltningsrettslige myndighetsbegrep. Viser det seg at det EU/EØS-rettslige myndighetsbegrep har et snevrere anvendelsesområde enn det forvaltningsrettslige myndighetsbegrep, vil jeg i kapittel 4.4 vurdere om det likevel vil ha gode grunner for seg å tolke det forvaltningsrettslige myndighetsbegrep konformt med det EU/EØS-rettslige myndighetsbegrep.

4.2 Foretaksbegrepet og rekkevidden av det EU/EØS-rettslige myndighetsbegrep

4.2.1 Foretaksbegrepets krav om økonomisk aktivitet

Verken Funksjonstraktaten (TFEU), Unionstraktaten (TEU) eller EØS-avtalen definerer foretaksbegrepet.²⁶¹ Protokoll 22 til EØS-avtalen artikkel 1 definerer likevel «foretak» som «enhver enhet som utøver virksomhet av handelsmessig og økonomisk art». Selv om denne

²⁶¹ Helle 2013, side 145.

definisjonen gjelder «foretak» i relasjon til EØS artikkel 56, har EFTA-domstolen slått fast at definisjonen har det samme innhold i relasjon til forbudsbestemmelsene i EØS artikkel 53 og 54 og at den er i tråd med EU-domstolens forståelse av TFEU artikkel 101 og 102.²⁶² Sånn sett er konkurranseloven § 2 sin definisjon av «foretak» som «enhver enhet som utøver privat eller offentlig ervervsvirksomhet» i tråd med det EU/EØS-rettslige foretaksbegrep. Hva som ligger i «ervervsvirksomhet», er imidlertid ikke opplagt. En nærmere forståelse må derfor søkes i den omfattende praksis i EU/EØS-retten.

EU-domstolen har slått fast at foretaksbegrepet omfatter «enhver enhet, som udøver økonomisk virksomhet, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåte».²⁶³ EU-domstolen legger med dette opp til en *funksjonell* tilnærming til foretaksbegrepet, hvor det relevante spørsmål ikke er hvem som utgjør foretak, men hva som utgjør økonomisk virksomhet.²⁶⁴ At foretaksbegrepet knytter seg til selve den økonomiske virksomheten, innebærer at en og samme enhet vil kunne anses som «foretak» i relasjon til én bestemt aktivitet, og myndighetsutøver i relasjon til en annen aktivitet.²⁶⁵ Når vurderingen er uavhengig av enhetens rettslige status, vil det ikke være av betydning hvorvidt enheten organiseres som privat eller offentlig rettssubjekt.²⁶⁶ På hvilken måte enheten er finansiert, er også irrelevant, selv der hele enheten er finansiert av offentlige midler.²⁶⁷ Dette gjelder også enhetens manglende profittformål. EU-domstolen uttaler at den omstendighet at enheten «ikke har vinding for øje, er ikke til hinder for, at den virksomhet, organet udøver, er af økonomisk karakter, når denne, henset til de i præmis 17 anførte karakteristika, kan medføre en adfærd, som konkurrencereglerne har til formål at hindre».²⁶⁸

Hva er så domstolens positive definisjon av økonomisk virksomhet? EU-domstolen tar utgangspunkt i at «enhver aktivitet, der består i at udbyde varer og tjenesteydelser på et bestemt marked, er en økonomisk aktivitet».²⁶⁹ Avgjørende vil altså være om enheten tilbyr varer og tjenester på et marked. Foretaksbegrepet synes derfor å favne svært bredt. Domstolen

²⁶² *Landsorganisasjonen i Norge*, premiss 62 og Helle 2013, side 145.

²⁶³ *Höfner & Elsner*, premiss 21.

²⁶⁴ *Odudu* 2005, side 213.

²⁶⁵ *MOTOE*, premiss 26.

²⁶⁶ *Cali & Figli*, premiss 17.

²⁶⁷ *Sotacarbo*, premiss 32-33

²⁶⁸ *FFSA*, premiss 21. Se imidlertid *Poucet & Pistre*, premiss 18 hvor manglende profittformål ble vektlagt fordi det skyldtes et rent sosialt formål med aktiviteten.

²⁶⁹ *SELEX*, premiss 69. Formuleringen bygger på uttalelsen i *Kommisjonen v Italia*, premiss 7 som også formuleringen i *Cali & Figli*, premiss 16 tar utgangspunkt i.

har ikke formulert en mer presis definisjon av økonomisk aktivitet.²⁷⁰ For å avgjøre konkrete saker har domstolen anvendt en kasuistisk tilnærming: Den tar utgangspunkt i den nevnte definisjon av økonomisk aktivitet og trekker deretter frem forhold eller karaktertrekk ved aktiviteten for så å vurdere om disse er til hinder for at aktiviteten er økonomisk.²⁷¹ Domstolen har imidlertid vært tydelig på at foretaksbegrepet alltid vil måtte avgrenses mot enkelte kategorier av virksomhet. Dette gjelder blant annet virksomhet med et rent sosialt formål, virksomhet i tilknytning til offentlig utdanning som er finansiert over offentlig budsjett og virksomhet som innebærer utøving av offentlig myndighet.²⁷² I det følgende vil jeg se nærmere på avgrensningen mot offentlig myndighet.

4.2.2 Avgrensningen mot offentlig myndighetsutøvelse

At foretaksbegrepet avgrenses mot offentlig myndighet, kommer tydelig frem i avgjørelsen *Cali & Figli*. I saken skulle EU-domstolen avgjøre om selskapet SEPG, som hadde fått konsesjon fra italienske myndigheter til å utføre miljøtjenester i havnen, var omfattet av konkurransereglens forbud mot misbruk av dominerende stilling. Selskapets aktivitet bestod hovedsakelig i å overvåke vannområder i havnen, melde fra til kompetent myndighet ved miljøskadelige utslipp fra fartøy og å iverksette nødvendige tiltak for å begrense miljøskadene. Selskapet hadde også fått tillatelse til å avkreve skipene en miljøavgift. Domstolen kom til at konkurransereglene ikke kom til anvendelse ettersom selskapet ikke utøvde økonomisk aktivitet, men offentlig myndighet. Domstolen uttalte følgende: «Med hensyn til spørsmålet om, hvorvidt traktatens konkurranseregler finder anvendelse, må der sondres mellom den situation, hvor staten optræder som udøver af offentlig myndighed, og den, hvor den udøver erhvervmæssig virksomhed af industriel eller handelsmæssig art, hvorved der udbydes varer og tjenesteydelser på markedet [...]. For at kunne foretage sondringen mellem [utøving av offentlig myndighet og økonomisk aktivitet] må der foretages en nærmere undersøgelse af den aktivitet, der udøves af den offentlige virksomhed eller det organ, staten har indrømmet særlige eller eksklusive rettigheder [...]. Det miljøovervågningsarbejde, SEPG har fået overdraget at udføre i oliehavnen i Genova, er en opgave af almindelig interesse, der henhører under statens væsentlige opgaver med hensyn til beskyttelse af havnemiljøet. [...]. Et sådant overvågningsarbejde er som følge af sin art, sit

²⁷⁰ Helle 2013, side 153.

²⁷¹ Helle 2013, side 154 og 155.

²⁷² Henholdsvis *Poucet & Pistre*, premiss 18, *Humbel*, premiss 17-20, og *Cali & Figli*, premiss 16.

formål og de regler, det er undergivet, således knyttet til udøvelsen af beføjelser vedrørende miljøbeskyttelse, som typisk er beføjelser, der henregnes til offentlig myndighed. Der er ikke tale om økonomisk virksomhed, som kan begrunde anvendelsen af traktatens konkurrenceregler».²⁷³

På bakgrunn av domstolens avgjørelse i *Cali & Figli* er det klart at foretaksbegrepet avgrenses mot offentlig myndighetsutøvelse. Det ble også klart at det er aktiviteten «sin art, sit formål og de regler den er undergivet» som vil måtte avgjøre grensedragningen.²⁷⁴ I den nevnte sak var det avgjørende for at den aktuelle aktiviteten skulle anses å være offentlig myndighetsutøvelse at den hørte inn «under statens væsentlige oppgaver». Begrunnelsen for hvorfor aktivitet under statens vesentlige oppgaver faller utenfor, er imidlertid vanskelig å spore i dommen. Likevel er det nærliggende å anta at domstolen konkluderte som den gjorde ettersom forutsetningen om at det må eksistere et marked for tjenesten ikke var til stede.²⁷⁵

På bakgrunn av avgjørelsens premisser kan det likevel ikke utledes noen generelle kriterier for hvordan grensen skal trekkes i andre tilfeller. Generaladvokatene har på den annen side lenge vært av den oppfatning at et kjennetegn ved offentlig myndighetsutøvelse er at den springer ut av statens suverenitet over borgerne (høyhetsrett); «den innebærer for udøveren muligheten for at bruke ekstraordinære rettlige beføjelser, statsmagts privilegier, beføjelsen til at udøve tvang overfor borgerne».²⁷⁶ EU-domstolens stadfestet denne oppfatningen av myndighetsbegreps rekkevidde først i 2010 i avgjørelsen *Kommisjonen v Tyskland*. Domstolen slår fast at en forutsetning for å anse en aktivitet som utøving av offentlig myndighet er at virksomheten enten innebærer en «kvalificeret udøvelse af ekstraordinære rettlige beføjelser, statsmagts privilegier eller beføjelsen til at udøve tvang».²⁷⁷

4.3 Sammenlikning av det forvaltningsrettslige og det EU/EØS-rettslige myndighetsbegrep

Ved avgjørelsen i *Cali & Figli* så vi at vurderingstemaet som domstolen la til grunn for om aktiviteten var å anse som offentlig myndighetsutøvelse var aktiviteten «sin art, sit formål og

²⁷³ *Cali & Figli*, premiss 16, 18 og 22-23.

²⁷⁴ *Cali & Figli*, premiss 23 og Helle 2013, side 170.

²⁷⁵ Helle 2013, side 170.

²⁷⁶ Generaladvokat Mayras forslag til avgjørelse i *Reyners*, side 664.

²⁷⁷ *Kommisjonen v Tyskland*, premiss 79.

de regler den er undergivet».²⁷⁸ Dette sammenfaller på mange måter med det sondringskriterium som anvendes for å avgjøre det forvaltningsrettslige myndighetsbegrepet. Likevel kom domstolen til at det ble utøvd offentlig myndighet fordi oppgaven som SEPG hadde blitt tildelt, hørte inn under statens vesentlige oppgaver. Som jeg har vist i kapittel 2, rekker det gjeldende myndighetsbegrepet i norsk forvaltningsrett langt videre.²⁷⁹

Med avgjørelsen *Kommisjonen v Tyskland* ser vi dessuten at det EU/EØS-rettslige myndighetsbegrep i stor grad sammenfaller med det tradisjonelle, men utdaterte myndighetsbegrep i norsk forvaltningsrett hvor staten opptrer som øvrighet og gjør seg bruk av kompetansen til å bestemme over borgerne (statens høyhetsrett).²⁸⁰ Det gjeldende forvaltningsrettslige myndighetsbegrep rekker langt videre enn det, jf. kapittel 2.

At enhetens offentlige subsidiering og manglende profittformål heller ikke er relevante momenter, utgjør også en forskjell fra det forvaltningsrettslige vurderingskriterium.²⁸¹ Det samme gjelder det faktum at det etter konkurranseretten ikke vil komme på tale å anse en virksomhet som utøving av offentlig myndighet så lenge den aktuelle enheten tilbyr varer og tjenester på et marked.²⁸²

Etter dette fremstår det som klart at EU-domstolen legger til grunn et adskillig snevrere myndighetsbegrep enn man gjør i moderne norsk forvaltningsrett.

4.4 Om det forvaltningsrettslige myndighetsbegrep bør tolkes konformt med EU/EØS-retten

Ettersom det konkurranserettslige myndighetsbegrep har en adskillig snevrere rekkevidde enn det forvaltningsrettslige myndighetsbegrep, blir spørsmålet om det likevel foreligger gode grunner for å tolke det forvaltningsrettslige myndighetsbegrep snevert og i overenstemmelse med det konkurranserettslige myndighetsbegrep.

Begrunnelsene for avgrensningen av henholdsvis det konkurranserettslige og forvaltningsrettslige myndighetsbegrep har svært få likheter. Avgrensningen av foretaksbegrepet mot det konkurranserettslige myndighetsbegrep er fortrinnsvis gjort av

²⁷⁸ *Cali & Figli*, premiss 23.

²⁷⁹ Se også Eckhoff/Smith 2010, side 277 og 470.

²⁸⁰ Eckhoff/Smith 2010, side 277.

²⁸¹ Se til sammenlikning SOMB-1997-9.

²⁸² SELEX, premiss 69.

hensyn til medlemsstatenes selvstyre: Konkurransereglene skal ikke være et hinder for at medlemsstatene skal kunne bevare offentlig maktutøvelse som en nasjonal oppgave.²⁸³ Det er nærliggende å anta at det også er derfor begrepet er blitt tolket såpass snevert. Begrunnelsen for å avgrense det forvaltningsrettslige myndighetsbegrep mot forretningsvirksomhet er på den annen side gjort av hensyn til borgerne: Det vil ikke være et reelt behov for anvendelse av forvaltningslovens saksbehandlingsregler i kapittel IV–VII så lenge det ikke utøves offentlig myndighet. Begrunnelsene for de ulike avgrensningene synes dermed å være vidt forskjellige. Det samme synes å være lagt til grunn av Marco Lilli som uttaler at «når ervervsbegrepet i konkurranseloven skal avgrenses mot offentlig myndighetsutøvelse, er ikke nødvendigvis forvaltningslovens definisjon av begrepet avgjørende. De to lovene har ulike formål, og det kan tilsi at ikke alt som er offentlig myndighetsutøvelse i forvaltningslovens forstand, faller utenfor begrepet ervervsvirksomhet i konkurranseloven».²⁸⁴

At en aktivitet anses som utøving av offentlig myndighet etter forvaltningsloven og samtidig anses som ervervsvirksomhet etter konkurransereglene, vil heller ikke føre til noen konflikt mellom de regelsett som kommer til anvendelse.²⁸⁵ Konkurransereglene medfører materielle skranker for de avgjørelser som havnene treffer, mens forvaltningslovens saksbehandlingsregler i kapittel IV–VII medfører prosessuelle skranker. Siden regelsettene ikke overlapper ikke hverandre, vil de altså kunne komme til anvendelse fullt ut på ett og samme tilfelle. Det samme synes å være forutsatt av Harald Evensen og Eivind Sæveraas som uttaler at det kan «godt tenkes at offentlig virksomhet som [innebærer forvaltningsrettslig myndighetsutøvelse] likevel vil kunne være foretak i konkurranselovens forstand. Det offentliges ervervsvirksomhet har ofte preg av å være tjenesteytelser som skal komme hele befolkningen til gode, og det kan godt være at utøvelsen av slik virksomhet også innebærer en form for myndighetsutøvelse [...]. Dette kan ikke være til hinder for at det samtidig dreier seg om en form for ervervsvirksomhet som er underlagt konkurranselovens regler».²⁸⁶

En konsekvens av å tolke det forvaltningsrettslige myndighetsbegrep snevert i havnetilfeller er at havnene vil kunne treffe avgjørelser mer effektivt og uten å måtte forholde seg til tidvis inngående saksbehandlingsprosesser. Samtidig vil det faktisk at ytterst få avgjørelser som

²⁸³ Helle 2013, side 168.

²⁸⁴ Lilli 2001, side 53–54.

²⁸⁵ Se Helle 2013, side 176.

²⁸⁶ Evensen/Sæveraas 2009, side 107.

havnen treffer kan sies å falle inn under betegnelsen «statens væsentlige opgaver»²⁸⁷, føre til at man unndrar fartøyene rettsikkerhetsgarantier for en betryggende saksbehandling. Sett i lys av hvor stor betydning avgjørelsene om adgang til og bruk av havn vil kunne ha for fartøyene, jf. kapittel 3.5, blir et effektivitetsargument lite verdt.

Etter dette foreligger det ikke tilstrekkelige grunner for å tolke det forvaltningsrettslige myndighetsbegrep snevert og i overensstemmelse med det konkurranserettslige myndighetsbegrep.

²⁸⁷ *Cali & Figli*, premiss 22.

Kilder

Litteraturliste

- Aasebø 2003** Kristoffer Aasebø, *Avtale under trussel om ekspropriasjon – avtalerettslige og forvaltningsrettslige problemstillinger*, Tidsskrift for forretningsjus 2003 s. 64–100, Gyldendal Akademisk (2003)
- Bernt 1978** Jan Fridthjof Bernt, *Utenforliggende hensyn som ugyldighetsgrunn – Et bidrag til læren om forvaltningens diskresjonære kompetanse*, Tidsskrift for rettsvitenskap 1978 s. 241–348, Universitetsforlaget (1978)
- Bernt 1981** Jan Fridthjof Bernt, *Avtaler med stat og kommune*, Universitetsforlaget (Bergen 1981)
- Bernt 2001** Jan Fridthjof Bernt, *Rettsikkerhetsbegrepet og kampen om velferdsstatens verdigrunnlag, Juss-Buss – Tvers igjennom lov til seier – Jubileumsskrift til Juss-Buss 2001 s. 155-173* (2001)
- Bernt 2002** Jan Fridthjof Bernt, Oddvar Overå og Harald Hove, *Kommunalrett*, 4. utgave, Universitetsforlaget (2002)
- Bernt 2014** Jan Fridthjof Bernt, *Lovkommentar til forvaltningsloven*, Gyldendal Rettsdata, sist hovedrevidert 14.3.2014, hyperlink: <http://rettsdata.no/direkte?grlink=gL19670210>
- Boe 1991** Erik Boe, *Fusadommen i forvaltningsrettslig og rettsteoretisk perspektiv*, Lov og Rett 1991 s 323-346 (1991)

- Boe 2000** Erik Boe, *Enkeltvedtak – da og nå. Kommentar til Bernt Frydenberg*, Lov og Rett 2000 s. 350-362, Universitetsforlaget (2000)
- Boe 2002** Erik Boe, *Forholdet mellom privatrett og offentlig rett – nye tendenser*, Festskrift til Carsten Smith: Rettsteori og rettsliv s. 113–137, Universitetsforlaget (2002)
- Eckhoff 1997** Thorstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 4. utgave, Tano Aschehoug (1997)
- Eckhoff/Smith 2010** Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 9. utgave, Universitetsforlaget (2010)
- Elster 1976** Jon Elster, *Stat, organisasjon, klasse: noen hovedretninger i moderne politisk filosofi*, Pax (1976)
- Evensen/Sæveraas 2009** Harald Evensen og Eivind Sæveraas, *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven – med kommentarer*, Gyldendal Norsk Forlag AS (2009)
- Framstad 2002** Tor Erlend Framstad, *Havnemyndighetenes erstatningsansvar overfor brukeren av havnen*, MarIus nr. 292, Havneprosjektet 1999-2001, rapport nr. 19, Sjørettsfondet (Oslo 2002)
- Frihagen I** Arvid Frihagen, *Forvaltningsrett Bind I: Forvaltning og kompetanse*, Forlaget A. Frihagen A/S (1991)
- Frihagen II** Arvid Frihagen, *Forvaltningsrett Bind II: Saksbehandling*, Forlaget A. Frihagen A/S (1992)
- Frihagen 1986** Arvid Frihagen, *Forvaltningsloven Kommentartutgave: Bind I*, 2. utgave, Forlaget A. Frihagen A/S (1986)
- Frihagen 1995** Arvid Frihagen, *Lov om behandlingsmåten i forvaltningsaker (forvaltningsloven)*, Karnov Kommenterte Lover, Karnovs Forlag AS (1995)

- Graver 2007** Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 3. utgave, Universitetsforlaget (Oslo 2007)
- Graver 2015** Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utgave, Universitetsforlaget (Oslo 2015)
- Hagstrøm 1992** Viggo Hagstrøm, *Fragmenter fra obligasjonsrett - I.*, stensilsérie nr. 143, 3. utgave, Institutt for privatretts stensilsérie (Oslo 1992)
- Helle 2013** Herdis Helle, *Konkurransereglane i EU- og EØS-retten som skranke for nasjonale styresmakter*, Universitetet i Bergen, (Bergen 2013)
- Hopsnes 2013** Roald Hopsnes, *Myndighetsmisbrukslæren som rettslig skranke for forvaltningsorgans avtaleinngåelser?*, Forsker og formidler: Festskrift til Erik Magnus Boe 2013 s. 173–202, Universitetsforlaget (2013)
- Krüger 1989** Kai Krüger, *Norsk kontraktsrett*, Alma Mater Forlag (Bergen 1989)
- Lilli 2001** Marco Lilli, *Kommunale velferdstiltak - skadelig for konkurransen?*, Lov og Rett 2001 s. 50, Universitetsforlaget (2001)
- Odudu 2005** Okeoghene Odudu, *The meaning of undertaking within Article 81 EC*, 7 Cambridge yearbook of European legal studies s. 211–241 (2004–2005)
- Smith 1978** Eivind Smith, *Om fordeling av økonomiske goder i forvaltningsretten*, Jussens Venner 1978 s. 115-146, Universitetsforlaget (1978)
- Smith 1979** Eivind Smith, *Forvaltningsrett og blandingsadministrasjon: 5 artikler*, Tanum-Norli (1979)
- Smith 1984** Eivind Smith, *Rettsikkerhet ved offentlig tjenesteyting: forvaltningslovens anvendelse ved fordeling av tjenester*, Tanum-Norli (1984)

Woxholth 2011	Geir Woxholth, <i>Forvaltningsloven med kommentarer</i> , 5. utgave, Gyldendal (2011)
Ørebech 1983	Peter Ørebech, <i>Treffers statsbankene enkeltvedtak?</i> , Tidsskrift for rettsvitenskap 1983 s. 248–277, Universitetsforlaget (1983)
Østgård 2015	Brynjar Østgård, <i>Havneloven med kommentarer</i> , 2. utgave, Gyldendal (Oslo 2015)

Lovregister

EØS	Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.
Forvaltningsloven	Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker
Havneloven (2009)	Lov 17. april 2009 nr. 19 om havner og farvann
Havneloven 1984	Lov 8. juni 1984 nr. 51 om havner og farvann
Konkurranseloven	Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger
Opplæringslova	Lov 17. juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa
Psykisk helsevernloven	Lov 2. juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern
Sosialomsorgslov (opphevet)	Lov 5. juni 1964 nr. 2 om sosial omsorg (opphevet)

Forskrifter

Anløpsforskriften	Forskrift om krav til melding for fartøy på 300 BT eller mer og fartøy som transporterer farlig eller forurensende last, FOR-2009-12-17-1633
Forskrift om mal for kommunale ordensforskrifter	Forskrift om bruk av mal og godkjenning av kommunale forskrifter om orden i og bruk av farvann og havner, FOR-2012-11-02-1040
Forskrift om publisering av havneopplysninger	Forskrift om publisering av opplysninger som kan være av betydning for den som bruker eller oppholder seg i havn, FOR-2010-12-20-1761
Forvaltningslovforskriften	Forskrift til forvaltningsloven, FOR-2006-12-15-1456

Offentlige dokumenter

Havnelovutvalgets utredning	<i>Ny havne- og farvannslovgivning Utredning fra utvalg til revisjon av havne- og farvannsloven, Fiskeridepartementet, avgitt 6. mars 2002</i>
Nasjonal havnestrategi 2015	<i>Nasjonal havnestrategi, Regjeringens strategi for effektive havner for å få mer gods på sjø, Samferdselsdepartementet, avgitt 21. januar 2015</i>
NUT 1958:3	<i>NUT 1958:3 Innstilling fra forvaltningskomiteen til å utrede spørsmålet om mer betryggende former for den offentlige forvaltning, Spørsmålet om mer betryggende former for den offentlige forvaltning, Justis- og politidepartementet, avgitt 13. mars 1958</i>
Ot.prp. nr. 3 (1976–1977)	<i>Ot.prp. nr. 3 (1976–1977) Om lov om endringer i lov 10 februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (regler om taushetsplikt m. m.), Justis- og beredskapsdepartementet, avgitt 27. august 1976</i>

Ot.prp. nr. 38 (1964–1965)

Ot.prp. nr. 38 (1964–1965) Om lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven), Justis- og beredskapsdepartementet, avgitt 9. april 1965

Ot.prp.nr.46 (1997-1998)

Ot.prp.nr.46 (1997-1998) Om lov om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa (opplæringslova), Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet, avgitt 3. april 1998

Ot.prp. nr. 6 (2003–2004)

Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven), B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven), Arbeids- og sosialdepartementet, avgitt 10. oktober 2003

Traktater

TFEU

Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåte, vedtatt 26. oktober 2012, 2012/C 326/01

Domsregister

Norsk Retstidende

Rt. 1950 s. 1124

Relegasjon I

Rt. 1961 s. 910

Aktieselskapet Børresen

Rt. 1963 s. 1263

Vinstra

Rt. 1965 s. 679

Nordhuus

Rt. 1967 s. 644

Relegasjon II

Rt. 1981 s. 745	Isene
Rt. 1990 s. 861	Henjum
Rt. 1990 s. 874	Fusa
Rt. 1991 s. 282	Borettslaget Bjørn Stallaesvei
Rt. 1991 s. 424	Lervik
Rt. 1996 s. 78	
Rt. 1997 s. 877	
Rt. 2000 s. 1056	Gausi
Rt. 2000 s. 1066	Skotta
Rt. 2002 s. 19	
Rt. 2009 s. 1356	
Rt. 2010 s. 610	
Rt. 2012 s. 1444	

Rettens Gang

RG 1983 s. 773	Kommunalt tomtesalg
RG 2011 s. 810	Fjord Line-saken

Upubliserte dommer

TKISA-2009-137542	Fjord Line-saken
--------------------------	------------------

EU-domstolen

<i>Calì & Figli</i>	Sak C-343/95, <i>Calì & Figli v Servizi Ecologici Porto di Genova</i>
<i>FFSA</i>	Sak C-244/94, <i>Fédération française des sociétés d'assurance m.fl. v</i>

	<i>Ministère de l'Agriculture et de la Pêche</i>
<i>Humbel</i>	Sak C-263/86, <i>Den belgiske stat v René Humbel & Marie-Thérèse Edel</i>
<i>Höfner & Elser</i>	Sak C-41/90, <i>Klaus Höfner & Fritz Elser v Macrotron GmbH</i>
<i>Kommisjonen v Italia</i>	Sak C-118/85, <i>Kommisjonen v Italia</i>
<i>Kommisjonen v Tyskland</i>	Sak C-160/08, <i>Kommisjonen v Tyskland</i>
<i>MOTOE</i>	Sak C-49/07, <i>Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID v Elliniko Dimosio</i>
<i>Poucet & Pistre</i>	Forente saker C-159/91 og C-160/91, <i>Poucet & Pistre v AGF and Cancava</i>
<i>Reyners</i>	Sak C-2/74, <i>Jean Reyners v Den Belgiske Stat</i>
<i>SELEX</i>	Sak C-113/07, <i>SELEX Sistemi Integrati v Commission</i>
<i>Sotacarbo</i>	Sak C-237/04, <i>Enirisorse SpA v Sotacarbo SpA</i>

EU-Kommisjonen

<i>Sealink</i>	Sak 94/19/EC, <i>Sea Containers v Stena Sealink</i>
<i>Rødby Havn</i>	Sak 94/119/EF, <i>Rødby Havn</i>

EFTA-domstolen

<i>Landsorganisasjonen i Norge</i>	Sak E-8/00 <i>Landsorganisasjonen i Norge v Kommunenes Sentralforbund</i>
---	---

ESA

Color Line

59120 Color Line

Forvaltningspraksis

Sivilombudsmannen

SOMB-1985-54	Loddtrekning om båtplasser
SOMB-1989-19	Kommunal tildeling av etableringslån – enkeltvedtak og gjenstand for klage
SOMB-1997-9	Søknad om kommunal bolig – enkeltvedtak
SOMB-2009-4	Avtaler om leie av båtplasser
SOM-2012-460	Om internatplass ved skole er enkeltvedtak

Justisdepartementets lovavdeling

JDLOV-2014-935	Om avgjørelser etter § 39 1. ledd 1. punktum er «utøving av offentlig myndighet»
JDLOV-2002-6618	Betydningen av lovregulering for en avgjørelses preg av offentlig myndighet
JDLOV-1991-755	Lovregulering av ferdselen i luftfarten
Lovavdelingens uttalelse av 4. desember 1985	Kommunale havners offentligrettslige preg
JDLOV-1984-1962	Spørsmål om klage over avgjørelse om prioritering
JDLOV-1989-723	Vandelskontroll av lufthavnpersonell

Internettsider

Alta havn sin hjemmeside	Anløpsmeldingsskjema for Alta havn, hyperlink: http://www.altahavn.no/anloepsmelding-ship-to-port-notification.280773-41719.html (mai 2015)
Bergens Tidene sin nettviss	«← Flere skip seiler fra regningen», hyperlink: http://www.bt.no/nyheter/lokalt/--Flere-skip-seiler-fra-regningen-3123636.html (mai 2015)
Kystverket sin hjemmeside	«Havner», hyperlink: http://www.kystverket.no/Maritim-infrastruktur/Havner (mai 2015)
Kystverket sin hjemmeside	«Tok arrest i cruiseskip», hyperlink: http://www.kystverket.no/Nyheter/2014/Mai/Tar-arrest-i-cruiseskip (mai 2015)
Nasjonal havneoversikt	«Nasjonal havneoversikt – Beta», hyperlink: https://www.barentswatch.no/Havner (mai 2015)
Oslo havn sin hjemmeside	Anløpsmeldingsskjema for Oslo havn, hyperlink: http://www.oslohavn.no/filestore/PDF/2014/Noticeofarrival.pdf (mai 2015)
Tønsberg havn sin hjemmeside	Anløpsmeldingsskjema for Tønsberg havn, hyperlink: http://www.tonsberghavn.no/anloepsmelding/cms/28 (mai 2015)