

# ***VIRKNINGEN AV AT OPPRINNELSESLANDSPRINSIPPET ER TATT UT AV TJENESTEDIREKTIVET***

## ***1 INNLEDNING***

### ***1.1 Problemstilling og opplegg***

Et grunnleggende grep i Kommisjonens første forslag til direktiv om tjenesteytelser i det indre marked, Kom (2004) 2 endelig (førsteforslaget), var introduksjonen av det såkalte opprinnelseslandsprinsippet. Utgangspunktet etter dette var at tjenesteyter utelukkende skulle være underlagt opprinnelseslandets regler, og at opprinnelseslandet hadde ansvaret for kontrollen med tjenesteyter og de tjenester som utføres, også når tjenesteyter utfører dem i en annen medlemsstat, jf. førsteforslaget art 16 nr. 1 og 2. Fra dette var det så gjort en rekke virksomhetsbaserte unntak i art. 17 og 18. I art. 19 var det stilt opp hjemmel for individuelle unntak fra opprinnelseslandsprinsippet i visse situasjoner, og etter visse prosedyrer. Prosedyrekravene innebar at det som hovedregel ville ta minst 15 arbeidsdager før tiltak kunne treffes.<sup>1</sup>

Opprinnelseslandsprinsippet slik det ble formulert i førsteforslaget har mange likhetstrekk med hva som gjelder for varer. Her er utgangspunktet at en vare som er lovlig produsert og markedsført i én medlemsstat skal ha uhindret tilgang til markedene i de øvrige medlemsstatene. Hindringer for markedsadgangen og tiltak som rettslig eller faktisk påvirker omsetningen av importerte varer på en annen måte enn innenlandske kan bare opprettholdes der de er nødvendige for å ivareta såkalte allmenne ikke-økonomiske hensyn, og det ikke foreligger direktiver eller lignende der disse hensynene er søkt ivaretatt.<sup>2</sup>

Direktivforslaget ble gjenstand for omfattende diskusjon og kritikk, og sentralt i denne sto nettopp opprinnelseslandsprinsippet. Behandlingen i Europaparlamentet medførte at opprinnelseslandsprinsippet nå er forlatt som konsept, og erstattet med en plikt for medlemsstatene til å respektere tjenesteyteres rett til å yte tjenester til mottakere i en annen medlemsstat enn den tjenesteyter er etablert i, jf. Kommisjonens annet forslag til tjenstedirektiv, KOM (2006) 160, endelig, (aprilforslaget) art. 16.

Problemstillingen blir etter dette hva som nærmere ligger i denne plikten, sett så vel i forhold til opprinnelseslandsprinsippet slik det ble foreslått, som i forhold til

---

<sup>1</sup> Jf. førsteforslaget art. 37.

<sup>2</sup> Se nærmere Sejersted m.fl., EØS-rett, 2. utgave (2004) avsnitt 16.4 og kapittel 17.

gjeldende rett. Etter at dette er brakt på det rene, drøftes hvilken betydning direktivet kan tenkes ha domstolenes rolle, jf. avsnitt 4.

## **1.2 Funn**

Gjennomgangen vil vise at forskjellen mellom førsteforslag og aprilforslag for så vidt gjelder skiftet fra opprinnelseslandprinsipp til tjenesteytelsesrett i det alt vesentlige er av konseptuel karakter. Det området der skiftet også har praktisk betydning, er i forhold til vertsstatens mulighet til å håndheve sine krav i forhold til besøkende tjenesteytere. Gjennomgangen vil imidlertid vise at det er tvilsomt om det er adgang til å stille noen særlige krav utover dem som følger uttrykkelig av direktivet, slik at det kan virke som endringen er av mer kosmetisk enn praktisk betydning.

Den aller viktigste virkningen av direktivet er likevel at det antakelig medfører en noe mer statisk rettstilstand, men dette gjelder uavhengig av om direktivet struktureres rundt et opprinnelseslandsprinsipp eller en rett til å yte tjenester. Det ligger ikke i dette at det nødvendigvis vil bli færre saker for domstolene, herunder EF- og EFTA-domstolen, men at domstolenes vurderinger vil bli tettere knyttet til direktivets ordlyd. Det vil dermed være mindre rom for rettsutvikling gjennom rettspraksis innenfor direktivets nedslagsfelt. Direktivet virker med andre ord sementerende her. Direktivet kan også tenkes bli brukt, av så vel parter som domstoler, som argument for at løsninger som svarer til dem som er valgt i direktivet også skal legges til grunn utenfor direktivets nedslagsfelt.

Det er ikke lett å forutse direktivets virkninger for søksmålshyppigheten. På den ene side kan det meget vel tenkes at direktivets formuleringer i seg selv vil gi opphav til en rekke tvister, dels på grunn av uklarhet og flertydighet, og dels fordi direktivet og debatten rundt det bidrar til større oppmerksomhet om tjenesterelaterte spørsmål. På den annen side medfører direktivet en klargjøring av en rekke tvilsspørsmål under gjeldende rett, og slik sett kan det tenkes å ha en prosessdempende virkning.

## **2    *ANDRE BESTEMMELSER AV BETYDNING FOR RETTEN TIL Å YTE TJENESTER***

### **2.1   *Anvendelsesområde og sektorbaserte unntak***

I aprilforslagets art. 2 angis direktivets anvendelsesområde. Bestemmelsen lest i sammenheng med EF-domstolens praksis viser at flere av de tjenesteområder der restriksjonsspørsmålet har stått særlig sentralt faller utenfor direktivets virkeområde, eksempelvis helsetjenester, vikartjenester og pengespill.

Aprilforslaget art. 17 oppstiller ytterligere unntak fra retten etter art. 16 til å yte tjenester. Disse unntakene er dels sektorbestemte og dels knytter de an til eksisterende sekundærlovgivning.

Poenget i denne sammenheng er at en analyse av de praktiske konsekvensene av retten til å yte tjenester slik den er kommet til uttrykk i aprilforslaget sett i forhold til gjeldende rett, krever en gjennomgang av så vel begrensningene i direktivets nedslagsfelt som de særlige unntakene fra retten til å yte tjenester. En slik gjennomgang vil sprengte rammene for denne fremstillingen fullstendig.

### **2.2   *Reglene om etableringsrett for tjenesteytere***

Bestemmelsene i aprilforslagets kapittel IIa omhandler medlemsstatenes adgang til å gjøre tjenestevirksomhet konsesjonsbetinget, og etablerer dermed, i det minste tilsynelatende, en begrensning i medlemsstatenes adgang til å regulere også rent interne forhold. Lest slik medfører Aprilforslaget dermed begrensninger i etableringslandets reguleringsmuligheter,<sup>3</sup> ikke bare i vertslandets.<sup>4</sup> Vertslandets adgang til å begrense tilgangen for tjenester levert av tilbydere etablert i andre medlemsstater må i så fall ses i lys av dette fordi den er betinget av at det ikke finner sted forskjellsbehandling i forhold til foretak etablert der. Dette medfører at begrensningene i adgangen til å regulere tjenesteytende virksomhet generelt har betydning for adgangen til som vertsland å begrense tilgangen for tjenesteytelser levert av tjenesteytere etablert i andre medlemsstater.

---

<sup>3</sup> Om fordeler og ulemper med konsesjonssystemer som reguleringsmetode, se Eckhoff/Smith, Forvaltningsrett 7. Utgave (2003) s. 18 til 19, og mer utfyllende Eckhoff, Statens styringsmuligheter, (1983) s. 68 flg.

<sup>4</sup> Med "vertsland" menes den medlemsstat hvor en tjeneste tilbys av en tjenesteyter etablert i en annen medlemsstat, jf. for så vidt direktivforslaget art. 4 (11).

Selv om ordlyden ikke stiller vilkår om at det skal foreligge grenseoverskridende forhold, er det ikke åpenbart at direktivet skal forstås slik at det regulerer også rent interne situasjoner. Direktivet er hjemlet i særhjemlene for direktiver om etableringsrett, fri bevegelse for tjenesteytelse og om transport, art. 47 EF annet ledd, første og tredje punktum, art. 55, art. 71 og art. 80. EF-traktatens regler om etableringsrett, fri bevegelse for tjenester og transport, krever alle at det foreligger et grenseoverskridende forhold. Rent interne situasjoner reguleres ikke av bestemmelsene. Dette fremgår klart nok av ordlyden, og er lagt til grunn av EF-domstolen jf. eksempelvis Jägerskiöld hvor EF-domstolen med henvisning til rettspraksis uttaler at «traktatens bestemmelser om fri utveksling av tjenesteydelser ... ikke finder anvendelse på aktiviteter som udgør et rent internt forhold i en medlemsstat».<sup>5</sup> Det kan derfor tenkes hevdet at direktivet bare kommer til anvendelse der det foreligger grenseoverskridende forhold. EF-domstolen har imidlertid, riktignok i relasjon til bruken av art. 95 EF som hjemmel, i Österreichischer Rundfunk lagt til grunn at bestemmelsen ikke

«forudsætter, at der rent faktisk i enhver af de situationer der er omfattet af den pågældende retsakt, skal foreligge en tilknytning til den frie bevægelighed mellem medlemsstater. Som det allerede er blevet fastslået af Domstolen ..., er det, der er afgørende for, om det er berettiget at anvende traktatens artikkel 100A [nå 95] som hjemmel for en retsakt, at den pågældende retsakt faktisk har til formål at skabe bedre vilkår for det indre markeds oprettelse og funktion. ...

Anvendelsen af direktiv 95/46 afhænger således ikke af, om de konkrete situationer, der er omhandlet i hovedsagerne, har en tilstrekkelig tilknytning til udøvelsen af de grundlæggende friheder, der er garanteret i traktaten. ... Risikoen ved en fortolkning med modsat resultat ville være, at grænserne for nævnte direktivs anvendelsesområde ville blive særdeles usikre og uberegnelige, hvilket ville være uforeneligt med direktivets grundlæggende formål, der er at foretage en indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes nationale love og administrative bestemmelser for at fjerne de hindringer for det indre markeds funktion, der netop hidrører fra forskellene i de nationale lovgivninger.»<sup>6</sup>

Etter art. 47 EF skal formålet med direktiver gitt med hjemmel i bestemmelsen være å lette adgangen til å starte og å utøve selvstendig næringsvirksomhet. Det er liten tvil om at tjenstedirektivet nettopp vil ha en slik virkning, og etter min oppfatning vil en anførsel som går ut på at direktivet ikke kommer til anvendelse i forhold til hjemmehørende tjenesteytere neppe føre frem.

---

<sup>5</sup> Sak C-97/98, Jägerskiöld, Sml. 1999 s. I-7319, premissenes 42.

<sup>6</sup> Forente saker C-46/00, C-138/01 og C-139/01, Österreichischer Rundfunk m.fl., Sml. 2003 s. I-4989, premissenes 41 og 42.

Det faller utenfor rammene av oppdraget å drøfte dette spørsmålet nærmere, men det er ikke utenkelig at dette er et av de tvilsspørsmål som temmelig raskt vil bli forelagt domstolene.

### **2.3 Reglene om rett til å motta tjenesteytelser**

Bestemmelsene i aprilforslaget art. 20 følgende omhandler retten til å motta tjenesteytelser. Også disse bestemmelsene er av betydning ved analysen av retten til å tilby tjenester. Grunnen til dette er at én måte å begrense utvekslingen av tjenesteytelser på er å begrense etterspørselen. Og dette kan gjøres ved å knytte ulemper, fordeler eller fravær av fordeler til det å benytte seg av den aktuelle tjenesten.

EF-domstolens avgjørelse i Cowan,<sup>7</sup> viser at forbudet mot nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling, art. 4 EØS, medfører at en statsborger fra en annen EØS-stat som befinner seg i et EØS-land i egenskap av mottaker av tjenesteytelser, ikke kan stilles annerledes enn personer bosatt i landet. Dette er imidlertid spørsmål som er adressert i aprilforslaget art. 20, og som faller utenfor rammene av denne fremstillingen.

## **3 RETTEN TIL Å YTE TJENESTER**

### **3.1 Oversikt**

Utgangspunktet etter aprilforslaget art. 16 nr. 1 første ledd er at en tjenesteyter har rett til å yte tjenester også i andre land enn etableringslandet. Artikkel 16 nr. 1 tredje ledd åpner for begrensninger i denne retten. Denne bestemmelsen må ses i sammenheng med art. 16 nr. 3.

Selv om det ikke fremgår uttrykkelig, er det en forutsetning at tjenesteyter driver lovlig i etableringslandet. Dette fremgår av art. 19 lest i sammenheng med art. 37 nr. 2.

Aprilforslaget art. 16 nr. 2 oppstiller en katalog over forbudte krav til tjenesteytere etablert i en annen medlemsstat.

Ved analysen av hva retten til å yte tjenester, og begrensningene i den, innebærer, er det hensiktsmessig å skille mellom de situasjoner der tjenesten etter sin art er grenseoverskridende, de situasjoner der tjenesteyter begir seg til vertslandet for å yte

---

<sup>7</sup> Sak 186/87, Cowan, Sml. 1989 s. 195.

tjenesten der, og dem der tjenestemottaker begir seg til tjenesteyter for å motta tjenesten der. Eksempel på den første situasjonen kan være (kjøp av reklameplass i) fjernsynssending fra en annen medlemsstat.<sup>8</sup> Eksempel på den andre situasjonen kan være utenlandske foretaks utførelse av bygg- og anleggsarbeider,<sup>9</sup> og eksempel på den tredje situasjonen er mottakelse av helsetjenester i utlandet.<sup>10</sup> Det kan også være hensiktsmessig å skille mellom innholds krav til tjenesten, krav til tjenesteyter som sådan, og krav til utførelsen av tjenesteytelsen.

Der tjenesten etter sin art er grenseoverskridende, vil spørsmålet for vertslandet dels være om tjenester med det aktuelle innholdet kan nektes tilgang til markedet, og dels hvilken adgang vertslandet har til å hindre personer og foretak hjemmehørende der i å etterspørre den aktuelle tjenesten.<sup>11</sup> Disse spørsmålene behandles nærmere i avsnitt 3.2 nedenfor.

Der tjenesteyter begir seg til vertslandet for å yte tjenesten der, oppstår de samme spørsmål som over, men i tillegg blir spørsmålet for vertslandet hvilken adgang det er til å stille krav til tjenesteyter som sådan, typisk kvalifikasjonskrav, og hvilken adgang det er til å stille krav til forhold knyttet til utførelsen av tjenesteytelsen, typisk til bruk av materiell og til avlønning av arbeidstakerne mens de er i vertslandet. Disse spørsmålene, som kan samles under stikkordet «grenseoverskridende tjenesteyter» behandles i avsnitt 3.3 nedenfor.

Der tjenestemottaker begir seg til tjenesteyter for å motta tjenesten der, blir spørsmålet for tjenestemottakers hjemland hvilken adgang det har til å hindre dette. Et stadig tilbakevendende spørsmål i EF-domstolens praksis er adgangen til å gjøre refusjon av utgifter for tjenester mottatt i utlandet betinget av samtykke. Et beslektet spørsmål er hvilken adgang tjenestemottakers hjemland har til å straffesanksjonere mottak av tjenester som lovlig presteres i det land der tjenesten mottas. Et eksempel kan være adgangen til å straffesanksjonere kjøp av seksuelle tjenester. Disse spørsmålene, som kan samles under stikkordet «grenseoverskridende tjenestemottaker», behandles i avsnitt 3.4 nedenfor.

De situasjoner der tjenestemottaker begir seg til tjenesteyter for å motta tjenesten der, reiser også problemstillinger for tjenesteyters etableringsland. Dette kan

---

<sup>8</sup> Se til illustrasjon sak C-222/95, De Agostini, Sml. 1997 s. I-3843.

<sup>9</sup> Se til illustrasjon sak C-164/99, Portugaia Construções Lda, Sml. 2002 s. I-787.

<sup>10</sup> Se til illustrasjon sak C-8/02, Leichtle, Sml. 2004 s. I-2641, og helt nylig sak C-372/04, Watts. Dom 16. mai 2006, ennå ikke i Sml.

<sup>11</sup> Begge disse problemstillingene er oppe i sak C-222/95, De Agostini, Sml. 1997 s. I-3843.

illustreres med Ciola, hvor EF-domstolen fant at en begrensning i hvor mange båt plasser som kunne leies ut til personer bosatt i utlandet utgjorde en restriksjon på adgangen til å yte tjenester over landegrensene. EF-domstolen uttaler her generelt at nasjonale bestemmelser «som ikke gjelder uten forskel for tjenesteydelser, uanset mottagerens bopæl, og som således er diskriminerende, er kun forenlige med fællesskabsretten, hvis de kan henføres under en udtrykkelig undtagelsesbestemmelse.»<sup>12</sup> En drøftelse av de spørsmål dette gir grunnlag for, faller imidlertid utenfor oppdraget.

EF-domstolens praksis viser at etableringslandets frihet til å regulere etablerte foretaks adgang til å tilby tjenester er underlagt reglene om fri bevegelighet for tjenester også der begrensningen er generell, for eksempel i form av et alminnelig forbud mot å tilby den aktuelle tjenesten. Dette illustreres særlig klart av avgjørelsen i Gourmet, hvor EF-domstolen fant at det svenske forbudet mot alkoholreklame utgjorde en begrensning i svenske tidsskrifters adgang til å tilby tjenester – annonseplass – til potensielle annonsører, deriblant annonsører etablert i andre medlemsstater. En slik begrensning måtte etter EF-domstolens oppfatning begrunnes i beskyttelsen av ikke-økonomiske hensyn.<sup>13</sup> De spørsmål dette reiser knytter an til direktivforslagets art. 9, men faller utenfor en drøftelse av betydningen av at opprinnelseslandsprinsippet er forlatt.

## **3.2 Grenseoverskridende tjenesteytelse**

### **3.2.1 Gjeldende rett**

Der tjenesten er grenseoverskridende, er det avgjørende etter EF-domstolens praksis om tjenesten er lovlig tilbudt i etableringslandet. Er den det, skal den også kunne tilbys mottakere i andre EØS-land. Illustrativ i denne sammenheng er Säger, hvor EF-domstolen la til grunn at restriksjonsforbudet i art. 49 EF (da EØF art. 59)<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Sak C-224/97, Ciola, Sml. 1999 s. I-2517, premissenes pkt. 16.

<sup>13</sup> Sak C-405/98, Gourmet, Sml. 2001 s. I-1795, se premissenes 39 og 40. Se også sak C-384/93, Alpine Investment, Sml. 1995 s. I-1141, hvor domstolen i premiss 19 uttaler at «den frie udveksling af tjenesteydelser ville blive illusorisk, såfremt nationale bestemmelser frit kunne opstille hindringer for tilbud om tjenesteydelser. Anvendelsen af bestemmelserne om fri udveksling af tjenesteydelser kan derfor ikke skulle betinges af, at tilbuddet rettes til en på forhånd bestemt modtager». Domstolen avviste i premiss 34 det argument at forbudet var generelt, og derfor måtte gå klar av restriksjonsforbudet.

<sup>14</sup> I det følgende vises til gjeldende nummerering i EF-traktaten. Se for øvrig Sejersted m. fl. s. 23.

«ikke blot kræver afskaffelse af enhver forskelsbehandling til skade for tjenesteyderen på grund af dennes nationalitet, men også ophævelse af enhver restriktion – også selv om den anvendes uden forskel på indenlandske tjenesteydere og tjenesteydere fra andre medlemsstater – der kan være til hinder for eller på anden måde genere den virksomhed, som udøves af en tjenesteyder med hjemsted i en anden medlemsstat, hvor han lovligt leverer tilsvarende tjenesteydelser».<sup>15</sup>

Dette – som gjerne kan kalles utslag av en opprinnelseslandstenkning – modifieres i samme dom ved at det fremheves at ved mangel av sekundærlovgivning på området – typisk direktiver – kan karakteristika ved tjenesteytelsen begrunne krav som er nødvendige for å ivareta «tvingende almene hensyn» som ikke tilgodeses av de bestemmelser tjenesteyter er undergitt i etableringslandet. Gjennom rettspraksis er det utviklet en temmelig omfattende katalog av slike hensyn, som etter omstendighetene kan legitimere restriktive tiltak.<sup>16</sup> I nødvendighetskravet ligger at de tiltak som treffes er egnet til å ivareta slike hensyn, og at de aktuelle hensynene ikke kan ivaretas med tiltak som virker mindre begrensende på bevegeligheten av tjenesteytelsene.<sup>17</sup>

Når vertslandet har begrenset mulighet til å nekte tjenesten tilgang til markedet, blir spørsmålet om den har adgang til å sanksjonere etterspørselen etter den. Faktum og dom i *De Agostini* kan tjene til å illustrere dette. Faktum var i korthet at *De Agostini*, et svensk selskap, hadde kjøpt reklameplass blant annet i TV3 for tidsskriftet «Allt om dinosaurier», som rettet seg til barn. Selve TV-sendingen kunne ikke stanses, men den svenske Konsumentombudsmannen brakte saken inn for Marknadsdomstolen med påstand om at *De Agostini* ble pålagt å trekke reklamen fordi den var i strid med svensk rett. Dette reiste spørsmål om et slikt pålegg var å anse som en restriksjon på den frie utveksling av tjenesteytelser over landegrensene. EF-domstolen fant at dette var tilfellet fordi et slikt forbud begrenser muligheten for at fjernsynsselskaper etablert i andre land sender fjernsynsreklame for foretak etablert i mottakerstaten. Et slikt forbud kan derfor bare pålegges der det er nødvendig for å ivareta tungtveiende allmenne hensyn.<sup>18</sup>

Avgjørelsen har en parallell i EFTA-domstolens avgjørelse i *Lego/Mattell*.<sup>19</sup> Det er imidlertid grunn til å merke seg at i motsetning til EF-domstolen, løste EFTA-domstolen spørsmålet på grunnlag

---

<sup>15</sup> Sak C-76/90, *Säger*, Sml. 1991 s. I-4221, premissenes 12.

<sup>16</sup> For en oversikt over hensyn vurdert av EF-domstolen, vises til European Commission, *Guide to the Case Law of the European Court of Justice on articles 49 et seq. EC Treaty* (2001) s. 82 til 107.

<sup>17</sup> For en nærmere redegjørelse for elementene i denne vurderingen vises til *Sejersted m.fl.*, avsnitt 21.5.

<sup>18</sup> Sak C-222/95, *De Agostini*, Sml. 1997 s. I-3843, se premissenes 48 flg. Se også sak C-243/01, *Gambelli*, Sml. 2003 s. I-13031, hvor EF-domstolen fant at et straffesanksjonert forbud mot å delta i veddemål arrangert i av bookmakere etablert i andre medlemsstater utgjorde en restriksjon på bevegeligheten av tjenester over landegrensene, se premissenes 55 flg.

<sup>19</sup> Forente saker E-8/94 og E-9/94, REC 1994-95 s. 115.

av en tolkning av direktivet om fjernsynssendinger. Det kan være liten tvil om at EF-domstolens angrepsmåte, å drøfte spørsmålet i forhold til EF-traktatens regler om fri bevegelse for tjenesteytelse, representerer den riktige.<sup>20</sup>

Etter gjeldende rett vil således så vel tiltak som retter seg mot den aktuelle tjenesten, mot karakteristika ved tjenesteyter, som mot potensielle mottakere av tjenesteytelsen være å anse som restriksjoner på den frie bevegelse av tjenesteytelse dersom disse tiltakene kan hindre eller gjøre det mindre attraktivt å tilby eller benytte tjenesten. Slike tiltak kan bare opprettholdes der de er nødvendige for å ivareta allmenne ikke-økonomiske hensyn.<sup>21</sup>

### 3.2.2 Førsteforslaget

Som nevnt innledningsvis tok førsteforslaget utgangspunkt i opprinnelseslandsprinsippet. Dette prinsippet gikk ut på at tjenesteyter utelukkende skulle være underlagt opprinnelseslandets regler, og at opprinnelseslandet hadde ansvaret for kontrollen med tjenesteyter og de tjenester som utføres, også når tjenesteyter utførte dem i en annen medlemsstat, jf. førsteforslaget art 16 nr. 1 og 2. Fra dette var det så gjort en rekke virksomhetsbaserte unntak i art. 17 og 18.<sup>22</sup> I førsteforslaget art. 19 var det stilt opp hjemmel for individuelle unntak fra opprinnelseslandsprinsippet i visse situasjoner, og etter visse, temmelig tidkrevende,<sup>23</sup> prosedyrer.

Opprinnelseslandsprinsippet var ikke foreslått kombinert med noen plikt for medlemsstatene til å gjøre retten til å drive tjenestevirksomhet betinget av at nærmere angitte krav til tjenesteyter og/eller tjenesten var oppfylt, snarere tvert i mot, jf. førsteforslaget art. 9 som synes å begrense medlemsstatenes rett til å gjøre adgangen til tjenestevirksomhet konsesjonsbetinget.<sup>24</sup> Betydningen av dette reduseres likevel ved førsteforslagets kapittel IV, som omhandlet tjenesteytelsenes kvalitet. Her pålegges

---

<sup>20</sup> Se nærmere Finn Arnesen, «Fjernsynsreklame – EØS-rettslige problemstillinger», Tidsskrift for forretningsjus 1999 s. 36 til 48.

<sup>21</sup> Antakelig begrenses restriksjonsforbudets rekkevidde noe ved et såkalt adekvansforbehold, jf. Bull, Det indre marked for tjenester og kapital (2002) avsnitt 13.3 og Sejersted m.fl. s. 447. Etter det jeg har kunnet bringe på det rene, har imidlertid ikke EF-domstolen tatt stiling til om det gjelder et adekvansforbehold i forhold til tjenestereglerne etter de linjer som er lagt til grunn i relasjon til reglene om varer og om arbeidskraft.

<sup>22</sup> Langt de fleste unntakene omhandlet situasjoner der tjenesteyter begir seg til mottaker, og er dermed uten betydning for de situasjonene vi har for øyet i dette avsnittet. Det er også grunn til å merke seg at unntakene i seg selv ikke hjemlet restriksjoner.

<sup>23</sup> Jf førsteforslaget art. 37.

<sup>24</sup> Jf diskusjonen i avsnitt 2.2 foran.

medlemsstatene plikt til å sørge for at en rekke opplysninger om tjenesteyteren er eller gjøres tilgjengelige for mottakerne av ytelsene, og medlemsstatene gis adgang til å pålegge tjenesteyter forsikringsplikt.

I forhold til gjeldende rett innebar opprinnelseslandsprinsippet en i det minste formell begrensning i adgangen til å hindre tjenester som etter sin art er grenseoverskridende tilgang til markedet. Hvorvidt opprinnelseslandsprinsippet, tatt i betraktning unntakene fra det,<sup>25</sup> reelt sett ville ført til så stor endring er likevel mer usikkert. Det er bare i sjeldne tilfelle medlemsstatene har noen reell mulighet til å hindre tjenesteytelser som etter sin art er grenseoverskridende tilgang til markedet.

Hvorvidt opprinnelseslandsprinsippet ville medført noen endring med hensyn til medlemsstatenes adgang til å sanksjonere etterspørselen etter tjenesten er uklart. Opprinnelseslandsprinsippet fokus er hvem som kan stille og håndheve krav til tjenesteyter, ikke hvilken rett tjenestemottaker har til å motta tjenesten,<sup>26</sup> og etter mitt syn ville neppe opprinnelseslandsprinsippet medført noen endring i den rettsstilstand som kommer til uttrykk i blant annet De Agostini.<sup>27</sup>

### 3.2.3 Aprilforslaget

I aprilforslaget erstattes opprinnelseslandsprinsippet med en plikt for medlemsstatene til å respektere tjenesteyters rett til å utføre tjenester i en annen medlemsstat enn den han er etablert i, jf. aprilforslaget art. 16 nr. 1. Ordlyden gir inntrykk av at bestemmelsen først og fremst regulerer de situasjonene der tjenesteyter presterer ytelsen i en annen medlemsstat enn etableringsstaten, og dermed er av mindre betydning der tjenesten etter sin art er grenseoverskridende.<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> Det viktigste i denne sammenheng var kanskje det midlertidige unntaket fra prinsippet for deltakelse i hasardspill og veddemål, jf. førsteforslaget art. 18 nr. 1 b), en tjeneste der en anvendelse av opprinnelseslandsprinsippet antakelig ville ha medført merkbare endringer i forhold til gjeldende rett.

<sup>26</sup> Dette reguleres i førsteforslagets art. 20 flg. og disse bestemmelsene er i det vesentlige opprettholdt i aprilforslaget.

<sup>27</sup> Sak C-222/95, De Agostini, Sml. 1997 s. I-3843.

<sup>28</sup> Jf. art. 16 nr. 1 «tjenesteyders ret til at utføre tjenesteydelser i en annen medlemsstat»/«the right of service providers to provide services in a Member State other than in which they are established, «Den medlemsstat, hvori tjenesteydelsen leveres, sikrer fri adgang til at optage eller udøve servicevirksomhed på dens område»/«Member State in which the service is provided shall ensure free access to and free exercise of a service activity within its territory».

Aprilforslaget art. 16 nr. 2 har en utforming som støtter en slik lesning av nr. 1. Årsaken til dette er at nr. 2 forbyr vertsstatene å begrense friheten til å yte tjenester generelt, og ikke knytter an til tilstedeværelse i vertsstaten.<sup>29</sup>

En slik lesning har som konsekvens at det bare er friheten til å nekte tjenesteytere fra andre medlemsstater fysisk tilgang til eget territorium som blir underkastet begrensningene i aprilforslaget art. 16 nr. 1 tredje ledd. Begrensningen i art. 16 nr. 2 vil imidlertid være aktuelle også i forhold til disse.

Dette medfører at aprilforslaget art. 16 nr. 1 medfører få, om noen, endringer i gjeldende rett for så vidt gjelder de situasjoner der tjenesteytelsen etter sin art er grenseoverskridende.

Det er dermed i første rekke art. 16 nr. 2 som må vurderes når det skal bringes på det rene hvilke endringer aprilforslaget medfører i forhold til gjeldende rett med hensyn til vertslandets reguleringsfrihet.

Aprilforslaget art. 16 nr. 2 a) forbyr pålegg om etablering. Det er sikker rett at slike pålegg er restriksjoner på bevegeligheten av tjenesteytelser, slik at spørsmålet blir om det er eksempler i rettspraksis på at slike krav er akseptert som nødvendige for å ivareta tungtveiende allmenne hensyn. Det alt dominerende trekket ved saker der etableringspålegg er vurdert, er at EF-domstolen, selv om den har funnet tiltaket egnet til å vareta allmenne ikke-økonomiske hensyn – typisk forbrukerinteresser – likevel har funnet at etableringspålegg ikke har vært uomgjengelig nødvendig for å ivareta hensynet.<sup>30</sup> Etableringskrav motivert av hensynet til sammenhengen i skattereglene ble imidlertid akseptert i Kommisjonen mot Belgia,<sup>31</sup> og i Ramrath ble krav til revisorer etablert i andre land om tilstedeværelse og permanent infrastruktur akseptert under henvisning til å sikre revisorenes uavhengighet og identitet.<sup>32</sup> Slik gjeldende rett er i dag, er det likevel vanskelig å se for seg situasjoner der et etableringskrav vil bli akseptert.

Aprilforslaget art. 16 nr. 2 b) forbyr krav om offentlig tillatelse eller medlemskap i bransjeforeninger osv., med mindre kravet har uttrykkelig hjemmel i

---

<sup>29</sup> Jf. art. 16 nr. 3 «Medlemsstaterne må ikke indskrænke den frie udveksling af tjenesteydelser, der udføres af en tjenesteyder, som er etableret i en anden medlemsstat, ved at stille følgende krav:»/«Member States may not restrict the freedom to provide services in the case of a provider established in another Member State by imposing any of the following requirements:»

<sup>30</sup> Jf. sak 205/84, Kommisjonen mot Tyskland, Sml. 1986 s. 3755.

<sup>31</sup> Sak C-300/90, Sml. 1992 s. I-305. Denne avgjørelsen er snart femten år gammel, og EF-domstolen har i en rekke senere saker funnet at etableringskrav medfører større hindringer for utvekslingen av tjenesteytelser enn det som er nødvendig for å ivareta dette hensynet.

<sup>32</sup> Sak C-106/91, Ramrath, Sml. 1992 s. I-3351. I likhet med Bachmann er denne avgjørelsen snart 15 år gammel, og det må kunne karakteriseres som usikkert om den er uttrykk for gjeldende rett i dag.

tjenestedirektivet selv eller andre fellesskapsinstrumenter. Denne type krav er vurdert av EF-domstolen i en rekke saker, og akseptert i flere av dem. I denne sammenheng kan nevnes Webb, hvor krav om offentlig tillatelse var en forutsetning for utleie av arbeidskraft,<sup>33</sup> og Kommisjonen mot Tyskland, hvor krav om offentlig tillatelse for å kunne tilby forsikringer til privatpersoner ble akseptert ut fra hensynet til å beskytte forbruker i egenskap av så vel forsikringstaker som sikret.<sup>34</sup>

Verken vikartjenester eller forsikringstjenester er omfattet av aprilforslaget, jf. art. 2 nr. 2 a) og cb).

Rettspraksis etterlater det inntrykk at slike krav noe lettere kan opprettholdes enn etableringskrav, men at det gjennomgående skal en hel del til før EF-domstolen aksepterer at anførte tungtveiende allmenne ikke-økonomiske hensyn legitimerer kravet.

Den viktigste endringen i forhold til gjeldende rett direktivforslaget innvarsler er skiftet i fokus; mens vurderingstemaet i dag er om tillatelseskraav m.v. er nødvendig for å ivareta tungtveiende allmenne hensyn, blir vurderingstemaet etter direktivforslaget om kravet kan forankres i tjenestedirektivet selv eller andre fellesskapsrettslige instrumenter. Antakelig vil dette skiftet innebære at det blir noe enklere å angripe nasjonale tillatelseskraav, men det medfører neppe noen stor endring i medlemsstatenes rettslige handlefrihet.

Aprilforslaget art. 16 nr. 2 c) til f) har i første rekke betydning der tjenesteyter begir seg til tjenestemottaker, og ikke der tjenesten i seg selv er grenseoverskridende. Vi kommer derfor tilbake til disse bestemmelsene i avsnitt 3.3 nedenfor.

Aprilforslaget art. 16 nr. 2 g) forbyr slike restriksjoner som er nevnt i art. 20, det vil si tiltak som har tjenestemottaker som adressat. De tiltakene som nevnes her er slike EF-domstolen har funnet utgjør restriksjoner, jf for de situasjoner vi har for øyet i dette avsnittet, De Coster.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> Sak 279780, Sml. 1981 s. 3305.

<sup>34</sup> Sak 205/84, Kommisjonen mot Tyskland, Sml. 1986 s. 3755.

<sup>35</sup> Sak C-17/00, Sml. 2001 s. I-9500 (særlig avgift på parabolantennor – i motsetning til kabelformidling – restriksjon på bevegeligheten av fjernsynssendinger fra selskap hvis sendinger bare kan mottas pr. parabol.)

### 3.2.4 Sammenfatning

Gjennomgangen i avsnittene 3.2.2 og 3.2.3 viser at verken opprinnelseslandsprinsippet eller aprilforslaget innebærer store endringer i forhold til gjeldende rett der tjenesten er grenseoverskridende. I disse situasjonene er mottakerstatenes reguleringsfrihet allerede temmelig begrenset. Det kan også se ut som begrensningene i direktivets nedslagsfelt medfører at de tjenesteområder der medlemsstatenes adgang til å oppstille restriksjoner har vært anerkjent, i det vesentlige faller utenfor direktivet.

## 3.3 Grenseoverskridende tjenesteyter

### 3.3.1 Gjeldende rett

Der tjenesteyter begir seg til vertslandet for å yte tjenesten der, oppstår som nevnt de samme spørsmål som der tjenesteytelsen er grenseoverskridende. I tillegg blir spørsmålet for vertslandet hvilken adgang det er til å stille krav til tjenesteyter som sådan, typisk kvalifikasjonskrav, og hvilken adgang det er til å stille krav til forhold knyttet til utførelsen av tjenesteytelsen, typisk til bruk av materiell og til avlønning av arbeidstakerne mens de er i vertslandet. Endelig oppstår spørsmålet om det forhold at det er anledning til å tilby den aktuelle tjenesten i tjenesteyters etableringsland, medfører at det også skal være adgang til å tilby tjenesten i vertslandet. Dette kan vi kalle innholdskravet.

Spørsmålet kan illustreres med visse former for helsetjenester, selv om helsetjenester faller utenfor direktivforslaget.<sup>36</sup> Det er ingen tvil om at helsetjenester er «tjenester» i fellesskapsrettslig forstand. Samtidig er det på det rene at forskjeller i etisk eller religiøs vurdering kan medføre at tjenester som er lov i ett land er forbudt i et annet. Skoleeksempelet er Irlands abortlovgivning. Denne er langt strengere enn i andre land, og spørsmålet blir om det forhold at abortinngrep i enkelte land er tillatt i situasjoner det er forbudt i Irland medfører at irske myndigheter må forankre forbudet i allmenne ikke-økonomiske hensyn for å kunne opprettholde forbudet i forhold til innreisende leger. Alternativet er å se det slik at det dreier seg om en tjeneste som ikke er tillatt etter irsk rett, og derfor heller ikke er tillatt for innreisende.

Der tjenesteyter begir seg til tjenestemottaker, suppleres restriksjonsforbudet i art. 49 EF med et diskrimineringsforbud i art. 50 EF. Her heter det at retten til fri utveksling av tjenesteytelser innebærer en rett for tjenesteyter til midlertidig å utve sin virksomhet i vertsstaten på samme vilkår som gjelder for vertsstatens foretak.

---

<sup>36</sup> Jf. art. 2 nr. 2 cc).

Rettspraksis viser likevel at bestemmelsen ikke innebærer at alle vertsstatens regler kommer til anvendelse overfor besøkende tjenesteytere.<sup>37</sup> Også i disse situasjonene er derfor vurderingstemaet om vertslandets regler medfører at det blir mindre attraktivt for tjenesteyter å levere ytelsen der. Gjør de det, dreier det seg om en restriksjon som bare kan opprettholdes der den er nødvendig for å ivareta allmenne ikke-økonomiske hensyn.

Dette innebærer at det alltid vil utgjøre en restriksjon å gjøre vertsstatens kvalifikasjonskrav gjeldende i relasjon til tjenesteyter. For så vidt gjelder anvendelse av vertsstatens regler om materiellbruk og -behandling, vil dette være mulig der kravene er forankret i allmenne ikke-økonomiske hensyn, typisk miljøkrav. For så vidt gjelder vertsstatens regler om minstelønn og øvrige bestemmelser som tar sikte på å verne arbeidstakere og arbeidsmiljø, er det sikker rett at disse kan gjøres gjeldende også overfor besøkende tjenesteytere. Også slike krav anses imidlertid som restriksjoner, noe som medfører at de må underkastes en egnethets- og proporsjonalitetsvurdering. I tillegg kommer at dersom den reelle begrunnelsen for kravet ikke er hensynet til de ansatte den besøkende tjenesteyter bringer med seg, vil kravet være en ulovlig restriksjon, jf. *Portugaia Construções*.<sup>38</sup>

### 3.3.2 Førsteforslaget

Etter førsteforslaget skulle opprinnelsesstaten ha ansvaret for kontrollen med tjenesteyter og de tjenesteytelser han utfører også når tjenesteytelsen blir utført i en annen medlemsstat. Listen over forbudte restriksjoner er imidlertid nær likelydende med den vi finner i aprilforslaget, likevel slik at enkelte av forbudene er utslag nettopp av opprinnelseslandsprinsippet. Dette gjelder førsteforslaget art. 16 nr 3 c), som forbyr pålegg om adresse eller representant i vertsstaten, og e) om krav til utførelsen av servicevirksomhet som drives på vertsstatens område. For øvrig er katalogen likelydende.

Opprinnelseslandsprinsippet ble supplert med en katalog over generelle, en katalog over midlertidige, og en katalog over individuelle unntak fra prinsippet. Det vil føre for langt i denne sammenheng å sammenligne forskjellene i nedslagsfelt, men et inntrykk er at en rekke av de generelle og de midlertidige unntakene, nå dekkes

---

<sup>37</sup> Jf. eksempelvis sak 205/84, Kommisjonen mot Tyskland, Sml. 1986 s. 3755.

<sup>38</sup> Sak C-164/99, Sml. 2002 s. I-787.

gjennom begrensninger i direktivets virkeområde og de særlige unntakene i aprilforslaget art. 17. Hvorvidt virkefeltet til direktivet er utvidet eller ikke gjennom endringene i aprilforslaget, tar jeg som sagt ikke stilling til.

Det individuelle unntaket fra opprinnelseslandsprinsippet, førsteforslaget art. 19, kan minne om de begrensninger i retten til å yte tjenester som lar seg utlede av EF-domstolens praksis. Det er imidlertid grunn til å merke seg at katalogen over relevante hensyn var langt snevrere, og at førsteforslaget la opp til et håndhevelsesregime som fremsto som lite effektivt.

### 3.3.3 Aprilforslaget

Som nevnt gir aprilforslaget en katalog over forbudte restriksjoner. Noen av disse ble nevnt i avsnitt 3.2.3 foran, og de kan være aktuelle også der tjenesteyter begir seg til tjenestemottaker. Nedenfor kommenteres kort de øvrige restriksjonene i katalogen.

Aprilforslaget art 16 nr. 2 c) forbyr nektelse av tilgang til det vi litt upresist kan kalle nødvendig infrastruktur i vertsstaten. Bestemmelsen tar sikte på de situasjoner der tjenesteyter begir seg til mottaker, og er langt på vei et speilbilde av forbudet mot etableringskrav, et ekko fra det alminnelige programmet til avskaffelse av restriksjoner på adgangen til å yte tjenester fra 1961,<sup>39</sup> og i samsvar med en lang rekke dommer fra EF-domstolen. I denne sammenheng er det nok å vise til Gebhard.<sup>40</sup> Det er i det hele tatt vanskelig å tenke seg situasjoner der det vil være nødvendig for å ivareta tungtveiende allmenne hensyn å nekte en tjenesteyter etablert i utlandet tilgang til infrastruktur i det land tjenestemottaker befinner seg, og tilsvarende vanskelig å se at dette kravet medfører noen endring i gjeldende rett.

Aprilforslaget art. 16 nr. 2 (d) forbyr krav om særlige kontraktsarrangementer mellom tjenesteyter og tjenestemottaker som kan forhindre eller begrense selvstendig næringsdrivendes mulighet til å yte tjenester. Denne bestemmelsen gjenspeiler EF-domstolens avgjørelse i SETTG, hvor den fant at gresk lovgivning som innebar at turistguider måtte være ansatt utgjorde en restriksjon på bevegeligheten av

---

<sup>39</sup> Alminnelig program av 18. desember 1961 for opphevelse av restriksjoner på adgangen til å yte tjenester. Gjengitt i særskilt vedlegg 2 til EØS-avtalen, bind 11 s. 551.

<sup>40</sup> Sak C-55/94, Sml. 1995 s. I-4165, se premissenes 39.

tjenesteytelser fordi den hindret turistguider i å operere som selvstendig næringsdrivende, og dermed som tjenesteytere.<sup>41</sup>

Aprilforslaget art. 16 nr. 2 (e) forbyr krav om identitetsbevis utstedt av vertsstaten som vilkår for å utføre tjenester. EF-domstolen har funnet at et slikt krav utgjør en restriksjon, jf. blant annet Kommisjonen mot Belgia,<sup>42</sup> som ikke kan forsvares. Det er grunn til å understreke at det er kravet om særlig identitetsbevis som ikke kan forsvares. Et krav om at tjenesteyter, og vedkommendes ansatte, er i besittelse av offisielle identitetsbevis er selvfølgelig i orden.

Aprilforslaget art. 16 nr. 2 f) forbyr krav til bruken av utstyr og redskap som utgjør en integrerende del av tjenesteytelsen, med mindre disse kravene er nødvendige for å vareta hensynet til sikkerhet og miljø på arbeidsplassen. Utgangspunktet og hovedregel er således at tjenesteyter kan medbringe sin egen «verktøykasse». Fortalens (39a) og (39b) forklarer nærmere hva som ligger i bestemmelsen, og her understrekes at den ikke er til hinder for at det stilles krav til varer som forbrukes under prosessen, varer som overleveres kunden eller som blir en del av det ferdige produktet.

Som nevnt oppstiller aprilforslaget art 17 en rekke generelle unntak fra retten etter art. 16 til å yte tjenester. Disse unntakene behandles ikke nærmere her. Poenget er at innenfor nedslagsfeltet til art. 17, medfører ikke direktivet noen endring av gjeldende rett.

Artikkel 19 hjemler individuelle unntak der dette er nødvendig av hensyn til «sikkerheden i forbindelse med tjenesteydelser». Nedslagsfeltet til bestemmelsen er dermed snevert, og saksbehandlingen ved bruken av den omstendelig. Jeg behandler den ikke nærmere.

Oppmerksomheten rettes derfor mot art. 16 nr. 1 tredje ledd og art. 16 nr. 3. Artikkel 16 nr. 1 tredje ledd lyder:

«Medlemsstaterne gør ikke adgangen til at optage eller udøve servicevirksomhed på deres område til genstand for opfyldelse af krav, der ikke overholder følgende principper:

a) ikke-forskelsbehandling: kravene må ikke være direkte eller indirekte diskriminerende på grundlag af nationalitet eller, for juridiske personers vedkommende, på grundlag af den medlemsstat, hvor de er etableret

---

<sup>41</sup> Sak C-398/95, Sml. 1997 s. I-3091.

<sup>42</sup> Sak C-355/98, Sml. 2000 s. I-1221.

b) nødvendighet: kravene skal være begrundet i hensynet til den offentlige orden, den offentlige sikkerhet, den offentlige sundhet eller beskyttelsen af miljøet

c) proportionalitet: kravene skal sikre opfyldelsen af det tilsigtede mål og må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette mål.»

Bestemmelsen innebærer en begrensning i forhold til de unntak fra restriksjonsforbudet som følger av EF-traktaten ved at disse tillater tiltak som gir uttrykk for nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling, så vel direkte som indirekte.<sup>43</sup> Bestemmelsen innebærer også en begrensning i forhold til læren om allmenne hensyn som grunnlag for begrensninger i restriksjonsforbudet, slik denne er utviklet med grunnlag i EF-domstolens praksis. Etter denne kan også andre hensyn enn de som er nevnt i aprilforslaget begrunne hindringer for utveksling av tjenesteytelser så lenge de tiltak som treffes er det vi kan kalle nasjonalitetsnøytrale.<sup>44</sup>

Artikkel 16 nr. 3 første punktum har etter det jeg kan forstå liten selvstendig betydning ved siden av art. 16 nr. 1 tredje ledd i de situasjonene vi her har for øyet. Art. 16 nr. 3 annet punktum presiserer at direktivet ikke medfører endringer i gjeldende rett med hensyn til adgangen til å gjøre nasjonale regler om minstelønn og andre arbeidsforhold gjeldende også i forhold til tilreisende tjenesteytere.

### 3.3.4 Sammenfatning

Etter min oppfatning er det usikkert om skiftet fra opprinnelseslandsprinsipp til tjenesteytelsesrett gir medlemsstatene et større reguleringsrom. Det som imidlertid må være på det rene er at det forhold at man har forlatt opprinnelseslandsprinsippet medfører at vertsstaten har bedre muligheter til å håndheve de krav som kan stilles.

## 3.4 Grenseoverskridende tjenestemottaker

EF-domstolen har lagt til grunn at forbudet mot restriksjoner på bevegeligheten av tjenesteytelser over landegrensene også innebærer et forbud mot at tjenestemottakers hjemland treffer tiltak som gjør det vanskeligere eller mindre attraktivt å motta tjenester i utlandet. Den grunnleggende dommen i denne sammenheng er Luisi og

---

<sup>43</sup> Se Sejersted m.fl., avsnitt 21.5

<sup>44</sup> Se nærmere Sejersted m.fl., avsnitt 21.5.3.

Carbone, som gjaldt italienske valutaregler,<sup>45</sup> og rettspraksis gir en rekke eksempler på at skatterettslige fradragsregler og vilkår i nasjonale refusjonsordninger har blitt ansett som ulovlige restriksjoner på bevegeligheten av tjenesteytelser over landegrensene.<sup>46</sup> Vi ser dermed at ikke bare tjenesteyter, men også tjenestemottaker beskyttes av restriksjonsforbudet.

Skiftet fra opprinnelseslandsprinsipp til tjenesteytelsesrett har ikke i seg selv betydning i denne sammenheng, noe som blant annet kommer til uttrykk ved at det ikke er materielle endringer i aprilforslagets regler om rett til å motta tjenester. Den viktigste endringen i aprilforslaget er at den type tjenester de fleste spørsmål har oppstått i tilknytning til – helsetjenester – nå faller utenfor direktivets virkeområde, jf. aprilforslaget art. 2 nr. 2 cc).

### **3.5 Sammenfatning**

Gjennomgangen har vist at forskjellen mellom førsteforslag og aprilforslag for så vidt gjelder skiftet fra opprinnelseslandprinsipp til tjenesteytelsesrett i det alt vesentlige er av konseptuel karakter. Det området der skiftet også har praktisk betydning, er i forhold til vertsstatens mulighet til å håndheve sine krav i forhold til besøkende tjenesteytere. Gjennomgangen har imidlertid vist at det er tvilsomt om det er adgang til å stille noen særlige krav utover dem som følger uttrykkelig av direktivet, slik at det kan virke som endringen er av mer kosmetisk enn praktisk betydning.

Den viktigste endringen med aprilforslaget er dermed ikke skiftet av konseptuel tilnærming, men endringene i direktivets regler om anvendelsesområde og unntak.

## **4 DIREKTIVETS BETYDNING FOR DOMSTOLENE**

### **4.1 Innledning**

Fellesskapsrettslige – og EØS-rettslige – spørsmål kan oppstå for så vel nasjonale domstoler som for EF/EFTA-domstolen. For nasjonale domstoler kommer spørsmålene opp på én av to måter; enten brukes EF/EØS-retten som «skjold» typisk der nasjonale regler gjøres gjeldende mot en besøkende tjenesteyter. Han vil da hevde

---

<sup>45</sup> Forente saker 286/82 og 26/83, Sml. 1984 s. 377.

<sup>46</sup> Se til illustrasjon henholdsvis sak C-55/98, Vestergaard, Sml. 1999 s. I-7641 og sak C-157/99, Geraets-Smits og Peerbooms, Sml. 2001 s. I-5473.

at de nasjonale reglene medfører en begrensning i hans mulighet til å yte tjenester over landegrensene han ikke behøver finne seg i. Alternativt kan EF/EØS-retten brukes som «sverd». Situasjonen vil da være at tjenesteyter hevder at han etter EØS-retten har rett til en bestemt rettslig posisjon.

Direktivets betydning for domstolene kan drøftes under fire synsvinkler; betydning for søksmålsfrekvens, betydning for hvilke spørsmål domstolene må ta stilling til, betydning for domstolenes mulighet til rettsskaping og direktivets betydning for domstolenes løsning av tjenestespørsmål som faller utenfor direktivets virkeområde.

## ***4.2 Direktivets betydning for søksmålsfrekvensen***

Det er grunn til å anta at direktivet vil medføre at flere næringsdrivende vil finne det enklere å utfordre nasjonale regler på EF/EØS-rettslig grunnlag med den støtte direktivet gir for argumentasjonen, og den innsnevring det innebærer i adgangen til å opprettholde restriksjoner for bevegeligheten av tjenesteytelse. Som jeg kommer tilbake til nedenfor, kan direktivet tenkes å få betydning også utenfor direktivets nedslagsfelt. Så vel tjenesteytere som -mottakere kan tenkes å hevde at bestemmelser i direktivet er konkrete utslag av regler som allerede følger av traktatbestemmelsene om etableringsrett og tjenester. Dette medfører at direktivet kan gi oppfordring til å angripe nasjonale regler og vedtak også utenfor direktivets nedslagsfelt. Disse forholdene gir grunnlag for å anta at det vil skje en økning i antallet saker der domstolene må ta stilling til spørsmål om forholdet til EF/EØS-rettens regler om etableringsrett og tjenesteytelser.

Det er imidlertid også på det rene at direktivet løser en rekke spørsmål før kunne synes uklare, i tillegg til at så vel direktiv som debatt i tilknytning til det virker og har virket bevisstgjørende i forhold til de problemstillinger EF/EØS-rettens regler om tjenester og etableringsrett. Dette gir grunn til å anta at direktivet har medført en større årvåkenhet hos regulerende myndigheter. Dette kan i sin tur tilsi at EF/EØS-rettsbruddene minsker i antall, og dermed også antallet søksmål der det hevdes at nasjonal rett er i strid med EF/EØS-retten.

### ***4.3 Direktivets betydning for innholdet i tolkningsspørsmålene***

Direktivet medfører nye tolkningsspørsmål. Mens det til nå, når vi ser bort fra sektorspesifikk regulering, for nasjonale domstoler har vært et spørsmål om å anvende de generelle prinsippene på traktatnivå slik disse følger av EF/EFTA-domstolens praksis, vil tolkningsspørsmålene heretter knytte an til direktivets formuleringer. Dette medfører at en rekke eksisterende uklarheter med hensyn til innhold og rekkevidde av etablerings- og tjenestereglene nå er uten betydning innenfor direktivets nedslagsfelt, samtidig som direktivet gir grunnlag for nye spørsmål.

EF/EFTA-domstolen får opp spørsmål knyttet til EF/EØS-rettens regler om fri utveksling av tjenesteytelser gjennom anmodninger fra nasjonale domstoler om tolkningsuttalelser etter art. 234 EF/art. 34 ODA og gjennom traktatbrudssøksmål. Også for EF/EFTA-domstolen gjelder at oppmerksomheten nå flyttes til direktivet og dets formuleringer for så vidt gjelder de etablerings- og tjenesteytelsessituasjoner som faller inn under direktivet. Det forhold at tolkningsspørsmålene nå knytter seg til en større tekstmengde, gir antakelig mindre rom for domstolsskapt rett innenfor direktivets nedslagsfelt, og direktivet kan derfor virke sementerende på rettsstilstanden her.

Det lar seg imidlertid samtidig hevde at i den grad direktivet er uklart eller flertydig, vil dette åpne for rettsskaping gjennom praksis.

Antakelig er det mest treffende å se det slik at direktivet begrenser handlingsrommet for domstolene, samtidig som de uklarheter det gir grunnlag for åpner for en viss frihet for domstolene med hensyn til hvilke tolkninger som skal velges.

### ***4.4 Direktivets betydning for rettsskaping ved domstolene utenfor direktivets nedslagsfelt***

Et siste spørsmål er hvilken betydning direktivet kan ha for domstolene utenfor direktivets nedslagsfelt. Dette spørsmålet kan spaltes i to; direktivets betydning ved tolkningen av bestemmelsene om etableringsrett og bevegelse av tjenester i EF-traktaten/EØS-avtalens hoveddel, og direktivets betydning ved tolkningen av andre direktiver.

Der direktivet uttrykkelig tillater begrensninger i etableringsretten eller bevegeligheten for tjenesteytelser, kan det være nærliggende å se det slik at de samme begrensninger må kunne gjøres gjeldende i forhold til etableringsretten og retten til fri bevegelse for tjenesteytelser slik disse følger av bestemmelsene i EF-traktaten/EØS-avtalens hoveddel. Synspunktet kan forankres i at dette er begrensninger som er uttrykkelig anerkjent av fellesskapslovgiver. Der hvor slike begrensninger kan ses som en «motytelse» mot innskrenkninger i medlemsstatenes reguleringsfrihet i forhold til hva som følger av gjeldende rett, vil det imidlertid være mindre nærliggende å gi begrensningene anvendelse utenfor direktivets nedslagsfelt.

Omvendt gjelder at begrensninger direktivet forbyr, kan hevdes være forbudt også utenfor direktivets nedslagsfelt. En slik slutning er imidlertid dristig, ikke minst fordi en rekke av de forhold som faller utenfor direktivets nedslagsfelt er slike hvor særlige forhold gjør seg gjeldende.

Endelig gjelder at der direktivet oppstiller særlige saksbehandlingsregler som tar sikte på å sikre åpenhet, eksempelvis reglene i aprilforslagets kapittel IIa, kan det være nærliggende å se slike krav som utslag av generelle åpenhets- og transparenskrav som også lar seg utlede av bestemmelsene i EF-traktaten/EØS-avtalens hoveddel.<sup>47</sup>

EF-domstolens praksis gir få holdepunkter for å anta at tjensteddirektivets løsninger vil ha videre betydning ved tolkningen av annen sekundærlovgivning.

I forhold til så vel tolkningen av bestemmelser i EF-traktaten/EØS-avtalens hoveddel som i forhold til tolkningen av sekundærlovgivningen gjelder at tjensteddirektivet neppe gir grunnlag for motsetningsslutninger. Sagt med andre ord er det ikke grunnlag for å anta at domstolene vil trekke den slutning av at et forhold er regulert på én måte i tjensteddirektivet at løsningen må være en annen utenfor direktivet.

## **4.5 Sammenfatning**

Fremstillingen har vist at direktivet vil kunne ha betydning for domstolen på forskjellige måter. For det første kan direktivet medføre at antallet saker der spørsmålet til EF/EØS-rettens regler om etableringsrett og fri bevegelse for

---

<sup>47</sup> Se sak C-458/03, Parking Brixen, dom 13. oktober 2005, ennå ikke i Sml., premissene 46 til 50.

tjenesteytelser kommer opp blir flere, men sikkert er det ikke. Det er heller ikke sikkert at andelen berettigete søksmål vil endres.

For det annet medfører direktivet at for så vidt gjelder de spørsmål som faller innenfor direktivets nedslagsfelt, vil fokus nå bli rett mot direktivets formuleringer og de spørsmål de gir opphav til. Rommet for rettsutvikling gjennom praksis på dette området er dermed blitt begrenset, samtidig som direktivet gir grunnlag for en rekke tolkningsspørsmål. Og når disse finner sin løsning har det skjedd en rettsskaping.

For det tredje er det grunn til å anta at direktivet kan bli brukt som argument ved løsningen av spørsmål som faller utenfor direktivets nedslagsfelt.

Oslo, 22. juni 2006

Finn Arnesen

Professor dr. juris