

Notat
Til Nærings- og handelsdepartementet
Frå professor Ola Mestad
Senter for europarett
Universitetet i Oslo

10. september 2006

KOMMISSJONENS REVIDERTE UTKAST TIL TENESTEDIREKTIV – UNNTAKA

Dette notatet har til formål å gjennomgå dei unntaka som er føreslått i det reviderte utkastet til tenestedirektiv av 4. april 2006 (COM(2006) 160). Notatet skal dermed vise kva for tenestesektorar og tenestetypar som ikkje vil bli omfatta av tenestedirektivet. Direktivet legg opp til at alle typar tenesteyting er omfatta dersom dei ikkje spesifikt er unntatt. Notatet inneheld ei viss utviding i forhold til det notatet som eg sende departementet 15. mai i år. Notatet bør lesast i samanheng med professor Finn Arnesens notat av 22. juni 2006: ”Virkningen av at opprinnelseslandprinsippet er tatt ut av tjenestedirektivet”.

Unntaka i direktivet er av ulik karakter og ulikt innhald. Dei avgrensar til dels generelt kva som er emnet for reguleringa i direktivet, til dels gjer dei unntak frå verkeområdet for slikt som elles ville ha vore omfatta. I nokre tilfelle er det gjort unntak berre frå somme av reglane. I tillegg til unntaka er det og regulert forholdet mellom spesielle reguleringar av enkeltsektorar og det generelle tenestedirektivet.

SAMANDRAG

Dei viktigaste funna er følgjande:

Det reviderte direktivutkastet unntar fleire sektorar enn det første utkastet. Og fleire av unntaka er meir presist formulert slik at dei vil vere lettare å bruke for medlemsstatane og EF- og EFTA-domstolane.

Mange av unntaka gjer bruk av dei to omgrepa ”tenester av allmenn interesse” og ”tenester av allmenn økonomisk interesse”. Desse to omgrepa høyrer til i andre delar av EU-retten og ingen av dei har klare avgrensingar. Særleg det første omgrepet er vanskeleg å avgrense. Og begge vil kunne variere innanfor dei ulike nasjonale rettsordningane. Begge omgrepa knytter seg tett til det ein kan kalle ein europeisk samfunnsmodell og til organiseringa av velferdsstaten.

Ved at desse tenestetypane stort sett blir haldne utanfor direktivet, eller underlagt meir lempelege reglar i direktivet, vil EU- og EØS-rettens regulering av desse framleis i hovudsak vere avhengig av korleis domstolane i praksis vil tolke og utvikle dei svært generelle reglane i EF-traktaten og EØS-avtalen. Tenestetypane vil altså ikkje vere uregulerte, men i staden som før falle innunder den meir prinsipporienterte traktattolkinga. Om dette vil føre til auka marknadsintegrasjon er vanskeleg å seie. Truleg vil det kome nye initiativ til meir sektorspesifikke direktiv, t.d. om helsetenester, som vil klargjere situasjonen.

INNLEIING

Generelt er direktivutkastet (heretter stort sett kalt direktivet) vanskeleg å lese. Grunnen er at det, i motsetning til vanlege direktiv, prøver å regulere heile området for ein av dei generelle EU-fridommar under eitt. Vanlege direktiv prøver å løyse nokre spørsmål innanfor ein sektor eller delsektor. Dette generelle grepet er òg grunnen til at direktivet er underordna, subsidiært, i forhold til mange spesifikke direktiv og forordningar.

Dei føresegnene som det på denne bakgrunn er særleg grunn til å sjå på er følgjande:

- art. 1 om emnet (Subject-matter, genstand),
- art. 2 om verkeområde (scope, anvendelsesområde),
- art. 3 om forholdet til anna fellesskapslovgiving,
- art. 15.4 om unntak for Services of General Economic Interest i forhold til kravet til gjennomgang av nasjonal lovgiving, som følgjer generelt av art. 15.1 – 3., og
- art. 17 med unntak for ein del sektorar frå hovudregelen i direktivet om fridom til å yte tenester i art. 16.

Mange av unntaka knyter seg særleg til omgrepet tenester ”av almen økonomisk betydning”, slik det er uttrykt i EØS-avtalen art. 59 nr. 2. Dette blir brukt både i art. 1, 2, 15 og 17. Sidan dette er det gjennomgåande grepet for å avgrense verknaden av reglar i direktivet er det grunn til å gå særskilt inn på bakgrunnen for dette før vi ser på dei konkrete unntaka.

1. TENESTER AV ALLMENN ØKONOMISK INTERESSE OG TENESTER AV ALLMENN INTERESSE I EU OG EØS

Bakgrunnen for den omfattande bruken i direktivet av omgrepet tenester av allmenn økonomisk interesse ligg i ein diskusjon som har vore i EU om kva for oppgåver i form av tenesteyting til borgarane, som skal eller kan utførast av det offentlege, eller som det offentlege iallfall skal syte for er tilgjengeleg for borgarane.

I EU er det to traktatreglar om tenester av allmenn økonomisk interesse, og i EØS er det ein.

Utgangspunktet for omgrepsbruken er unntaket i EØS art. 59 nr. 2, som står i EØS-avtalens del IV om konkurransereglar, og som på norsk lyder slik:

”Foretak som er blitt tillagt oppgaven å utføre tjenester av almen økonomisk betydning,¹ eller som har karakter av et fiskalt monopol, skal være undergitt reglene i denne avtale, fremfor alt konkurransereglene, *i den utstrekning* anvendelsen av disse regler ikke rettslig eller faktisk *hindrer* dem i å utføre *de særlige oppgaver* som er tillagt dem. Utviklingen av samhandelen må ikke påvirkes i et omfang som strider mot avtalepartenes interesser” (utheving her).

¹ Her ser ein at språkbruken i den offisielle norske EØS-avtaleteksten er tenester av ”almen økonomisk betydning”, og at ein ikkje gjer bruk av ordet interesse. Det bør ein derimot gjere for å få fram motsetninga mellom allmenn interesse og allmenn *økonomisk* interesse. Ved den språkbruken følgjer ein den engelske versjonen.

Denne føresegna i EØS art. 59 nr. 2 er lik EF art. 86 nr. 2. I rettspraksis har denne vore oppe i mange saker der ein medlemsstat har hevda at ei særskild nasjonal regulering på eit eller fleire punkt skulle vere unntatt frå reglar i EF-traktaten.² Generelt har unntaket blitt tolka restriktivt.

I EF-traktaten finst det ei generell føresegn til om tenester av allmenn økonomisk interesse. Etter at EØS-avtalen var inngått innførte EU gjennom Amsterdam-traktaten (1997 med verknad frå 1999) ei ny prinsippføresegn i EF-traktaten art. 16, som i norsk omsetjing lyder slik:

”Med mindre annet følger av artikkel 73, 86 eller 87, og hensyn tatt til den plass tjenesteytelser av alminnelig økonomisk interesse inntar i Unionens felles verdinormer, samt deres betydning for å fremme sosial og geografisk utjevning, skal Fellesskapet og medlemsstatene, hver av dem i samsvar med sin myndighet og innen denne traktats virkeområde, sørge for at slike tjenester ytes på grunnlag av prinsipper og vilkår som setter dem i stand til å oppfylle sine oppgaver.”

Som kjent er ikkje hovuddelen av EØS-avtalen endra etter at den vart inngått og derfor finst det ikkje tilsvarande føresegn i EØS-avtalen. I denne samanhengen må ein likevel kunne hevde at tilsvarande prinsipp ligg i EØS-avtalen.

Resonnementet bak det vil byggje på to argumentasjonslinjer. Den første er som følgjer: Dersom ei nyare traktatfesting av eit prinsipp eller ein regel eller eit unntak i EU-retten er uttrykk for ei traktatregulering av noko som alt finst i rettspraksis, så vil den naturlege utiklinga i EØS nettopp gå i same retning basert på EØS-avtalens homogenitetsmålsetning i forhold til rettspraksis.

Den andre argumentasjonslinja går ut på at det vil vere i strid med EØS-avtalens formål å halde oppe ei tolking av avtalen som gjer at EFTA-statane har reglar som krev sterkare marknadsintegrasjon enn det som er tilfelle i EU fordi poenget med EØS-avtalen ikkje på noko punkt var å gå lenger i marknadsintegrasjon enn i EF sjølv. Dette formålet må og gjelde dersom EU endrar sine reglar.

Utover reguleringa i traktaten har det i EU vore drøfta om ein burde gi eit direktiv om marknadsintegrasjon og offentlege tenester, men det arbeidet vart stoppa etter motstand frå medlemsstatane. I dette arbeidet vart likevel dei to omgrepa ”tenester av allmenn interesse” og ”tenester av allmenn økonomisk interesse” forsøkt avklart.

Med bakgrunn i ein diskusjon om liberalisering av offentlege tenesteytingar og spørsmål om grensene for bruk av marknadsmekanismar i forhold til offentlege tenester, tok Kommisjonen i 1996 eit initiativ for avklaring av den rettslege situasjonen på feltet.³ Her vart m.a. gitt definisjonar av Services of general interest og Services of general economic interest, saman med Public service og Universal service. Desse er sidan utvikla noko vidare, som vi skal sjå på nedanfor. Definisjonen av Tenester av allmenn økonomisk interesse tok nettopp utgangspunkt i det som no er EF art. 86 nr. 2.

² Sjå t.d. Damian Chalmers et.al.: European Union Law (2006) s. 1114ff, og særleg s. 1137ff, D.G. Goyder: EC Competition Law (2003) s. 482-490, Josephine Steiner & Lorna Woods: Textbook on EC Law (2003) s. 400-402 og 456-458, Sejersted m.fl. EØS-rett s. 591

³ (96/C 281/03) av 26.09.96

Diskusjonen, saman med den gamle og den nye føresegna om tenesteytingar av allmenn økonomisk interesse, er bakgrunnen for eit arbeid Kommisjonen sette i verk for å vurdere om ein skulle regulere slike tenester i eit generelt direktiv. Dette arbeidet ser ut til å ha gått føre seg parallelt eller litt før arbeidet med det første utkastet til tenestedirektiv. Kommisjonen utarbeidde ei grønbok som gjekk på høyring, og deretter ei kvitbok i 2004 om at det ikkje ville bli tatt noko generelt initiativ no.⁴

I dette arbeidet vart forståinga av kva som er tenesteytingar av allmenn økonomisk interesse utdjupe og presisert. Definisjonar, eller heller forklaringar, vart gitt i vedlegg 1 til kvitboka COM(2004) 374. Det blir der brukt to ulike omgrep. På engelsk er det "Services of general interest" og "Services of general economic interest". På dansk blir desse kalt "Forsyningspligtydelser" og "Tjenesteydelser af almen økonomisk interesse". Det første danske uttrykket gir etter mitt syn eit noko snevert inntrykk på norsk, men det synest å vere brukt konsekvent på dansk.

Om det første omgrepet, tenester av allmenn interesse, heiter det i vedlegg 1 til COM(2004) 374 at uttrykket ikkje finst i traktaten, men at det i praksis er avleidd av uttrykket "Tjenesteydelser af almen økonomisk interesse". (Det ser ein lettare på engelsk.) Vidare heiter det at uttrykket er "bredere" enn dette og dekkjer "både markedsmessige og ikke-markedsmessige tjenesteydelser, som de offentlige myndigheder klassificerer som værende af almen interesse og underlagt bestemte offentlige tjenesteforpligtelser".

Om uttrykket "Tjenesteydelser af almen økonomisk interesse" blir det vist til at det finst i EF-traktaten art. 16 og 86 nr. 2, utan at det der er definert. Så blir det vidare sagt:

"Men i forbindelse med Fællesskabets praksis hersker der bred enighed om, at udtrykket betegner tjenesteydelser af økonomisk art, som medlemsstaterne eller Fællesskabet underlægger specifikke offentlige tjenesteforpligtelser ud fra et kriterium om almen interesse. Begrebet tjenesteydelser af almen økonomisk interesse dækker således navnlig visse ydelser, der leveres af de store netværksindustrier som transport, postvæsen, energi og kommunikation. Men udtrykket dækker ligeledes alle andre økonomiske aktiviteter, der er underlagt offentlige tjenesteforpligtelser."

Om forholdet mellom dei to omgrepa slik dei er brukt i kvitboka blir det så sagt at uttrykket ""forsyningspligtydelser" anvendes i hvitbogen kun, hvor der i teksten ligeledes henvises til ikke-økonomiske tjenesteydelser, eller hvor det ikke er nødvendigt at specificere, hvorvidt de pågældende tjenesteydelser er økonomiske eller ikke-økonomiske".

Desse avklaringane gir eit grunnlag for å vurdere omgrepsbruken og unntaka i utkastet til tenestedirektiv. Ein må skilje mellom eit vidt omgrep som omfattar både tenesteyting med og utan økonomisk karakter, og så eit omgrep som berre omfattar tenesteyting med økonomisk karakter, men som ivaretar særlege offentlege omsyn eller pålagde oppgåver.

Eksempel på tenester som *kan* vere tenester av *allmenn interesse* vil vere tryggingstiltak, justisvesen, folkeregister, obligatorisk utdanning, vassforsyning, kloakksystem, renovasjon, sosiale tenester, helsetenester, visse kulturtenester.⁵ Men karakteriseringa av dei enkelte tenestetypane er avhengig av kva for samfunnsmodell som finst i den enkelte staten.

⁴ Grønboka COM(2003) 270 av 21.05.03, kvitboka COM(2004) 374 av 12.05.04

⁵ Sjå t.d. (96/C 281/03) av 26.09.96 punkt 18 og Report on the public consultation on the green paper on services of general interest SEC(2004) 326 av 15.03.04 s. 15

Eksempel på tenester av *allmenn økonomisk interesse* er dei tradisjonelle nettverksindustriane som telekommunikasjon, post, elektrisitet, gass, visse transporttenester, visse hamnetenester, men dette er på same måte avhengig av den konkrete samfunnsmodellen.

2. OMGREPSBRUKEN I TENESTEDIREKTIVET

I tenestedirektivet er det i fortalen gitt uttrykk for kva som er omfatta av direktivet, og så er dette vidare regulert i fleire artiklar. I fortalen går dette fram av nytt avsnitt 7a, der både det grunnleggjande forholdet mellom direktivet og ikkje-økonomiske tenester er omtalt, og likeeins forholdet mellom direktivet og økonomiske tenester av "almen økonomisk interesse".⁶

"(7a) Dette direktiv omfatter kun tjenesteydelser, der udføres af økonomiske hensyn. Forsyningspligtydelser er ikke omfattet af definitionen i traktatens artikel 50 og falder derfor ikke ind under dette direktivs anvendelsesområde. Tjenesteydelser af almen økonomisk interesse er tjenesteydelser, der udføres af økonomiske hensyn, og falder derfor ind under dette direktivs anvendelsesområde. Visse tjenesteydelser af almen økonomisk interesse, f.eks. de tjenesteydelser, der måtte findes på transportområdet, er dog ikke omfattet af dette direktivs anvendelsesområde, og visse andre tjenesteydelser af almen økonomisk interesse, f.eks. de tjenesteydelser, der måtte findes inden for postsektoren, er undtaget fra bestemmelsen om fri udveksling af tjenesteydelser. Dette direktiv vedrører ikke finansieringen af tjenesteydelser af almen økonomisk interesse og omfatter ikke støtte bevilget af medlemsstaterne, navnlig på det sociale og arbejdsmarkedsmæssige område, i overensstemmelse med Fællesskabets konkurrenceregler. Dette direktiv vedrører ikke opfølgningen af Kommissionens hvidbog om forsyningspligtydelser."

Fortalen drar her først opp eit skilje mellom tenester som er økonomisk verksemd, og som dermed er omfatta av tenestereglane i EF-traktaten art. 50 og EØS art. 37, og tenester som fell utanfor omgrepet, og dermed utanfor tenestereglane i traktaten i det heile. I EØS art. 37 er tenesteamgrepet definert som "tenester som vanligvis ytes mot betaling".⁷

Det følgjer av språkbruken her at direktivet nettopp knyter seg til dei omgrepa som m.a. er definert i vedlegg 1 til kvitboka, slik det er omtalt ovanfor i avsnitt 1.

Som det framgår av siste setning i avsnitt 7a representerer direktivet ikkje ei oppfølging av det arbeidet med tenetser av allmenn og allmenn økonomisk interesse, som er omtalt i avsnitt 1 ovanfor.

Avsnitt 7a) i fortalen gir etter mi vurdering eit ganske dekkjande oversyn over unntaka frå direktivet, slik dei seinare direkte vert regulert. Det ser vi meir i detalj på i avsnitt 3-7.

⁶ Tilsvaret avsnitt 17 i den nyaste versjon av direktivet: Common position adopted by the Council 17. juli 2006

⁷ Sjå t.d. Sejersted m.fl. EØS-rett s. 429-434

3. PRESISERINGANE I ART. 1

Ei omfattande endring av direktivet frå første til andre utkast er at art. 1 har fått 6 nye punkt med klargjering av kva direktivet ikkje er meint å regulere. I det første utkastet fastsette art. 1 berre kort at direktivet skulle fastsetje føresegner ”med henblik på at lette udøvelsen af etableringsfriheden for tjenesteydere samt den frie udveksling af tjenesteydelser”. I andre utkast er denne setninga endra ved at det er lagt inn eit formål om å sikre kvaliteten på tenesteytingar. I tillegg kjem dei omfattande klargjeringane.

Reguleringa av tenester av allmenn økonomisk interesse held fram i art. 1 nr. 2:

I nr. 2. er det fastsett:

”Dette direktiv vedrører hverken liberalisering af tjenesteydelser af almen økonomisk interesse, der er forbeholdt offentlige eller private enheder, eller privatisering af offentlige enheder, der udfører tjenesteydelser.”

Det medfører at her gjeld den generelle EU- og EØS-retten som tidlegare, inkludert konkurranseretten.

Og den nærmare reguleringa av offentlege teenster held fram i art. 1 nr. 3:

”Dette direktiv vedrører hverken afskaffelse af monopoler, der udfører tjenesteydelser, eller støtte bevilget af medlemsstaterne, som er omfattet af de fælles konkurrenceregler.

Dette direktiv berører ikke medlemsstaternes frihed til i overensstemmelse med fællesskabsretten at fastsætte, hvad de betragter som tjenesteydelser af almen økonomisk interesse, og bestemme, hvordan disse tjenesteydelser skal organiseres og finansieres, i overensstemmelse med statsstøttere reglerne, og hvilke specifikke forpligtelser der bør gælde for dem.”

Også her ser ein at den nærmare reguleringa må skje ”i overensstemmelse med fællesskabsretten”, altså med et som gjaldt tidlegare.

Tiltak for å fremje kulturelt og språkleg mangfald og for å sikre mediemangfald

I art. 1 nr. 4 er det fastsett at direktivet ikkje innverkar på nasjonale eller fellesskapstiltak som er i samsvar med fellesskapsretten og som har til formål å fremje kulturelt og språkleg mangfald og for å sikre mediemangfald.

I EØS-samanheng kan det kanskje vere heldig for Noreg at ein slik fridom er føresett fordi EØS-avtalen ikkje har tatt opp i seg dei traktatendringane som er skjedd på kulturfeltet i EF- og EU-traktatane. Og den manglande opptakinga kom på spissen i EFTA-domstolens dom i Einarsson-saka (E-1/01) om islandsk bokmoms.

Forholdet til nasjonal straffelovgivning, arbeidsrettsreglar i nasjonal – og EU-rett, nasjonale reglar om sosiale ytingar og fundamentale rettar i EU, charter om fundamentale rettar.

I art. 1 nr. 4, 5 og 6 er det uttrykksleg klargjort at desse fire felte ikkje er omfatta av direktivet. Dette treng ingen nærmare kommentarar, bortsett frå at kva som utgjer sosiale støtteordningar er regulert i Forordning (EØF) nr. 1408/71 art. 4

4. UNNTAKA I ARTIKKEL 2

Artikkel 2 lyder no slik (Endra ordlyd frå første utkast med feit skrift):

”Artikel 2

Anvendelsesområde

1. Dette direktiv finder anvendelse på tjenesteydelser, der udføres af tjenesteydere, som er etableret i en medlemsstat.
2. Dette direktiv finder ikke anvendelse på følgende former for virksomhed:
 - a) forsyningspligtydelser***
 - a) ***finansielle tjenesteydelser såsom bank-, kredit- forsikrings- og genforsikringsvirksomhed, erhvervstilknyttede eller personlige pensionsordninger, tjenesteydelser i forbindelse med værdipapirer, investerings-, fonds- og betalingsvirksomhed og investeringsrådgivning, herunder de tjenesteydelser, der er opført i bilag I til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/12/EF om adgang til at optage og udøve virksomhed som kreditinstitut⁸***
 - b) ***elektroniske kommunikationstjenester og -netværk og tilhørende faciliteter og tjenesteydelser for så vidt angår områder, der er omfattet af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/19/EF⁹, 2002/20/EF¹⁰, 2002/21/EF¹¹, 2002/22/EF¹² og 2002/58/EF¹³***
 - c) ***transporttjenester og transportrelaterede tjenesteydelser, der falder ind under EF-traktatens afsnit V***
 - ca) havnetjenester***
 - cb) vikarbureauers tjenesteydelser***
 - cc) sundhedsydelser, uanset om de leveres inden for rammerne af en sundhedsstruktur eller ej, og hvordan de tilrettelægges og finansieres på nationalt plan, og uanset om de er offentlige eller private***
 - cd) audiovisuelle tjenesteydelser, uanset hvordan de produceres, distribueres og transmitteres, herunder radiospredning og biografvirksomhed***

⁸ EFT L 126 af 26.5.2000, s. 1. Senest ændret ved Kommissionens direktiv 2004/69/EF (EUT L 125 af 28.4.2004, s. 44).

⁹ EFT L 108 af 24.4.2002, s. 7.

¹⁰ EFT L 108 af 24.4.2002, s. 21.

¹¹ EFT L 108 af 24.4.2002, s. 33.

¹² EFT L 108 af 24.4.2002, s. 51.

¹³ EFT L 201 af 31.7.2002, s. 37.

- ce) spil, som indebærer, at der gøres indsats med penge i hasardspil, herunder lotteri, kasinospil og væddemål*
- cf) virksomhed, som er forbundet med udøvelse af offentlig myndighed, jf. traktatens artikel 45*
- cg) sociale tjenesteydelser i forbindelse med socialt boligbyggeri, børnepasning og støtte til trængende familier og enkeltpersoner*
- ch) private sikkerhedstjenester.*

3. Dette direktiv finder ikke anvendelse på skatte- og afgiftsområdet.”

Utgangspunktet i nr. 1 er at direktivet gjeld for alle tenesteytingar ut frå det generelle tenesteomgrepet som er fastlagt i EU-retten med grunnlag i EF art. 50 (EØS art. 37).

I nr. 2 kjem ei lang liste med unntak av noko ulik karakter.

Den generelt viktigaste er i ny a), der services of general interest (forsyningspligtydelser) er unntatt. Dette må vere unntak for slike tenester som er omtalt i avsnitt 1 ovanfor. Men her kan ikkje meininga vere at omgrepet omfattar alle tenester av ”general interest”. Her må meininga vere berre å halde utanfor ikkje-økonomiske tenester. Dette gjeld typisk obligatorisk utdanning osv. Og dette er no klargjort i i den nyaste versjon av direktivet: Common position adopted by the Council 17. juli 2006, der unntaket heiter ”non-economic services of general interest”.

Dei tenestene som følgjer i dei andre unntaka vil delvis vere tenester av allmenn økonomisk betydning, og delvis tenester der delar av sektorane, iallfall i nokre land, kan seiast å vere av allmen økonomisk betydning.

Finansielle tenester (eldre a)) er unntatt fordi det alt er så utførleg direktivregulert. Det same gjeld elektroniske kommunikasjonstenester (eldre b)).

Transporttenester (eldre c)) vil i visse tilfelle kunne vere tenester av almen økonomisk betydning, men dei er tradisjonelt regulert av ein eigen del av EF-traktaten og det systemet blir halde oppe.

Hamnetenester (ny ca) er og til dels av allmen økonomisk interesse, og blir haldne utanfor. Dei knyter seg og til transport.

Vikarbyråtenester (ny cb) gjeld arbeidsformidling, som til dels har vore rekna som tenester av allmen økonomisk betydning, og som det har vore ein del saker om.

Helsetenester (”healthcare”) (ny cc) er typisk eit område for tenester av allmen interesse, og delvis allmen økonomisk interesse. Unntaka er klart utforma for å gjere tydeleg at dei er unntatt utan omsyn til organisering.

Audiovisuelle tenester (ny cd)) er og tradisjonelt ofte oppfatta som tenester av allmen økonomisk betydning. Her er dei då heilt unntatt.

Spel (”gambling”) (ny ce)) er og heilt unntatt.

Utøving av offentlig myndighet (ny cf)), som i EF-traktaten art. 45 (EØS art. 32) er unntatt frå etableringsreglane er her unntatt heilt frå direktivet.

Sosiale tenesteytingar ("social services") (ny cg)) er tradisjonelt oppfatta som tenester av allmenn interesse eller av allmenn økonomisk interesse og her heilt unntatt.

Unntaket for private sikkerheitstenester (ny ch)) er av ein annan karakter, men som typisk treng spesifikke reglar.

Generelt kan ein seie om unntaka at i tillegg til å unnta tenester av allmen interesse, tar dei og unna ein god del av tenestesektorar av allmenn økonomisk interesse, som elles ville vore omfatta av direktivet, men som er unntatt særskilt i art. 15. nr 4, og i art. 17 frå hovudregelen i art. 16.

5. HØVET TIL ANDRE DIREKTIV OG FORORDNINGAR I ARTIKKEL 3

I artikkel 3 skjer ei samordning med andre EU-rettsakter slik at den enkelte regelen i det generelle tenestedirektivet skal vike i tilfelle motstrid med spesifikke reglar i direktiv og andre retstakter som regulerer spesielle typar tenester.

Artikkel 3 lyder slik:

"Artikel 3

Forbindelse med fællesskabsrettens øvrige bestemmelser

1. Hvis bestemmelserne i dette direktiv strider mod en bestemmelse i en anden fællesskabsretsakt om adgang til og udøvelse af servicevirksomhed inden for særlige områder eller særlige erhverv, har bestemmelsen i den anden fællesskabsretsakt forrang og finder anvendelse på disse særlige områder eller erhverv. Det drejer sig bl.a. om følgende retsakter:

a) Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/71/EF om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser¹⁴

b) Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere, selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet¹⁵

c) Rådets direktiv 89/552/EØF om samordning af visse love og administrative bestemmelser i medlemsstaterne vedrørende udøvelse af tv-radiospredningsvirksomhed¹⁶

d) Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/36/EF om anerkendelse af erhvervsmæssige kvalifikationer¹⁷.

2. Dette direktiv berører ikke den internationale privatret, særlig reglerne om lovvalg i forbindelse med kontraktlige og ikke-kontraktlige forpligtelser. Det betyder, at forbrugerne i princippet vil være omfattet af forbrugerbeskyttelsesreglerne i den forbrugerlovgivning, der gælder i deres medlemsstat.

¹⁴ EFT L 18 af 21.1.1997, s. 1.

¹⁵ EFT L 149 af 5.7.1971, s. 2. Senest ændret ved forordning (EF) nr. 647/2005 (EUT L 117 af 4.5.2005, s. 1).

¹⁶ EFT L 298 af 17.10.1989, s. 23. Senest ændret ved direktiv 97/36/EF (EFT L 202 af 30.7.1997, s. 60).

¹⁷ EUT L 255 af 30.9.2005, s. 22.

3. Medlemsstaterne anvender bestemmelserne i dette direktiv under overholdelse af traktatens regler om etableringsretten og den frie bevægelighed for tjenesteydelser.”

Denne artikkelen fastset at tenestedirektivet skal vike for alle EU-rettsakter som spesifikt regulerer ein tenestetype. Dette er uttrykk for eit slags lex specialis-prinsipp, at den spesifikke regelen går foran dei generelle reglane i tenestedirektive. I teksten er det formulert som eit prinsipp om forrang for dei spesielle rettsaktene.

Opplistinga i art. 3.nr. 1 er ikkje uttømande.

Det første direktivet (nr. 1 a)) som skal ha forrang er utsendingsdirektivet, altså det direktivet som drar opp grensene for regulering av arbeidsvilkår for arbeidstakarar som er utsendt til eit anna land for å utføre tenesteytingar der. Dette er eit viktig unntak, som viser at tenestedirektivet ikkje er meint å endre vilkåra for nasjonal regulering for å forhindre sosial dumping. Dette direktivet er og omfatta av unntaket i art. 17 frå reglane i art 16, sjå art. 17. (5).

Dei to neste omtalte rettsaktene (nr. 1 b) og c)) med forrang, gjeld sosiale sikringsordningar (trygd) for arbeidstakarar og andre som flytter mellom medlemsland, og kringkasting. Dette er begge felt som gjeld tenester av allmenn økonomisk interesse, men der det altså er særlege reguleringar.

Forrang for direktivet om anerkjenning av ervervsmessige kvalifikasjonar (nr. 1. d)) reiser ingen spesielle spørsmål.

I nr. 2 er forholdet til lovvalsspørsmål regulert slik at det ikkje skal vere påverka.

I nr. 3 er det klarlagt at dette direktivet ikkje inneber unntak eller fråvik frå traktatreglane om etableringsfridom og rørslefridom for tenester. På eit nivå er dette sjølvsagt, men samstundes er det spørsmål om direktivet nettopp presiserer desse reglane i visse retningar.

6. UNNTAK FRÅ PLIKTA I ARTIKKEL 15 TIL Å EVALUERE NASJONALE RESTRIKSJONAR I FORHOLD TIL VISSE TENESTEYTINGAR MM

I artikkel 15 er det fastsett at medlemsstatar skal evaluere sine nasjonale ordningar i forhold til ei rekkje kriterie i art. 15 nr. 2. I forhold til dette er det i art. 15 nr. 4 fastsett eit unntak som lyder slik:

”4. Bestemmelserne i stk. 1-3 finder kun anvendelse på lovgivningen om tjenesteydelser af almen økonomisk interesse, hvis anvendelsen af disse bestemmelser ikke retligt eller faktisk hindrer de berørte tjenesteydere i at udføre den særlige opgave, der er tillagt dem.”

Det framgår at her er unntaket innretta på tenesteytingar av allmenn økonomisk interesse, men unntaket er ikkje generelt. Det er utforma slik at medlemsstaten kan unnlate å føreta slik evaluering som framgår av art. 15 nr. 1 og 2 dersom det skulle hindre utføringa av dei særlege oppgåvene som tenesteytarane er pålagt. Eg har litt vanskeleg for å sjå korleis det skulle verke hindrande at det blir gjort ei evaluering i medhald av nr. 1.

I forhold til art. 15. nr. 3 som inneheld generelle krav om ikkje-diskriminering, oppfyljing av krav til tvingande allmenne omsyn og proporsjonalitet, er unntaket derimot meir treffande. I slike tilfelle kan det tenkjast at desse generelle EU-rettslege prinsippa må vike av omsyn til gjennomføring av offentlig tenesteyting.

Sjølve formuleringa av unntaket er i slekt med EØS art. 59 nr. 2. Den tilsvarande føresegna i EF art. 86 nr. 2 har stort sett blitt tolka strengt i rettspraksis, altså slik at det skal ein del til før unntaksvilkåra er oppfylt.

7. UNNTAK I ARTIKKEL 17 FRÅ RETTEN TIL Å YTE TENESTER I ARTIKKEL 16

Artikkel 16 inneheld vel den viktigaste generelle regelen i tenestedirektivet. Frå denne er det gjort unntak i artikkel 17, som lyder slik:

”Artikel 17

Yderligere undtagelser fra den frie udveksling af tjenesteydelser

Artikkel 16 finder ikke anvendelse på:

- 1) *Tjenesteydelser af almen økonomisk interesse, der udføres i en anden medlemsstat, herunder:*
 - a) *tjenester i postsektoren, der er omfattet af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/67/EF¹⁸*
 - b) *tjenester i elektricitetssektoren, der er omfattet af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/54/EF¹⁹*
 - c) *tjenester i gassektoren, der er omfattet af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/55/EF²⁰*
 - d) *vanddistribution, vandforsyning og spildevandsafledning*
 - e) *affaldsbehandling*
- 2) *udgør*
- 3) *udgør*
- 4) *udgør*
- 5) *områder, der er omfattet af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/71/EF om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser²¹*
- 6) *områder, der er omfattet af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 95/46/EF om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger²²*

¹⁸ EFT L 15 af 21.1.1998, s. 14.

¹⁹ EUT L 176 af 15.7.2003, s. 37.

²⁰ EUT L 176 af 15.7.2003, s. 57.

²¹ EFT L 18 af 21.1.1997, s. 1.

²² EFT L 281 af 28.11.1995, s. 1.

7) områder, der er omfattet af Rådets direktiv 77/249/EØF *om lettelse med henblik på den faktiske gennemførelse af advokaters frie udveksling af tjenesteydelser*²³

7a) retslig inkasso

8) områder, der er omfattet af afsnit II i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/36/EF om anerkendelse af erhvervsmæssige kvalifikationer²⁴, samt krav i den medlemsstat, hvor tjenesteydelsen udføres, om, at udøvelsen af en aktivitet forbeholdes et bestemt erhverv

9) områder, der er omfattet af Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71²⁵ om koordinering af sociale sikringsordninger

10) hvad angår administrative formaliteter vedrørende fri bevægelighed for personer og deres ophold, områder omfattet af bestemmelserne i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/38/EF om unionsborgernes og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område²⁶, hvori er fastsat administrative formaliteter, som de pågældende skal afvikle hos de kompetente myndigheder i den medlemsstat, hvor tjenesteydelsen udføres

11) hvad angår tredjelandstatsborgere, der begiver sig til en anden medlemsstat i forbindelse med udførelse af en tjenesteydelse, medlemsstaternes mulighed for at kræve, at statsborgere fra tredjelande, der ikke er omfattet af gensidighedsordningen i artikel 21 i konventionen om gennemførelse af Schengen-aftalen, skal være i besiddelse af et visum eller en opholdstilladelse, og deres mulighed for at forpligte statsborgere fra tredjelande til at melde sig til de kompetente myndigheder i den medlemsstat, hvor tjenesteydelsen udføres, ved eller efter indrejsen

12) tilladelsesordningen i artikel 3 og 4 i Rådets forordning (EØF) nr. 259/93 om overvågning af og kontrol med overførsel af affald inden for, til og fra Det Europæiske Fællesskab²⁷

13) ophavsret og beslægtede rettigheder, de rettigheder, der er omhandlet i Rådets direktiv 87/54/EØF²⁸ og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/9/EF²⁹, samt intellektuelle ejendomsrettigheder

14) handlinger, der ifølge loven kræver medvirken af en notar

15) områder, der er omfattet af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv .../.../EF om lovpligtig revision af årsregnskaber og konsoliderede regnskaber og om ændring af Rådets direktiv 78/660/EØF³⁰ og 83/349/EØF³¹

16) udgår

²³ EFT L 78 af 26.3.1977, s. 17.

²⁴ EUT L 255 af 30.9.2005, s. 22.

²⁵ EFT L 149 af 5.7.1971, s. 2. Senest ændret ved forordning (EF) nr. 647/2005 (EUT L 117 af 4.5.2005, s. 1).

²⁶ EUT L 158 af 30.4.2004, s. 77.

²⁷ EFT L 30 af 6.2.1993, s. 1. Senest ændret ved Kommissionens forordning (EF) nr. 2557/2001 (EFT L 349 af 31.12.2001, s. 1).

²⁸ EFT L 24 af 27.1.1987, s. 36.

²⁹ EFT L 77 af 27.3.1996, s. 20.

³⁰ EFT L 222 af 14.8.1978, s. 11.

³¹ EFT L 193 af 18.7.1983, s. 1.

- 17) **udgår**
- 18) **udgår**
- 19) registrering af køretøjer, der er leaset i en anden medlemsstat
- 20) **bestemmelser vedrørende kontraktlige og ikke-kontraktlige forpligtelser, herunder kontraktformer, der er fastsat i den internationale privatret.”**

Generelt framgår det her at alle tenesteytingar av allmenn økonomisk interesse er unntatt frå art. 16. Det er fastsett i art. 17. nr. 1, der opplistinga er meint å vere eksempel utan å vere uttømande. Det inneber at her gjeld EU-retten slik den har vore, altså at det her ikkje skjer noko endring i kraft av tenestedirektivet.

Dei andre unntaka innbyr stort sett ikkje til spesielle merknader her idet dei forklarar seg sjølv. Nesten alle unntaka gjeld sektorar eller tenestetypar der det alt er anna EU-regulering. Det gjeld unntak 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 og 15. Berre 7a, 19 og 20 er unntak der det ikkje finst fellesskapsreglar og desse er mindre viktige i samanhengen her.

8. AVSLUTNING: GENERELT OM UNNTAKA FOR TENESTER AV ALLMENN ØKONOMISK INTERESSE

Den viktigaste måten å formulere unntaka og spesialreguleringane på i direktivet er å bruke omgrepet tenester av allmenn økonomisk interesse. Som nemnt i avsnitt 1 er dette eit omgrep som er tatt frå EF art. 86 nr. 2.

I direktivet art. 1 nr. 3 andre ledd er det fastsatt at

”Dette direktiv berører ikke medlemsstaternes frihed til i overensstemmelse med fællesskabsretten at fastsætte, hvad de betragter som tjenesteydelser af almen økonomisk interesse, og bestemme, hvordan disse tjenesteydelser skal organiseres og finansieres, i overensstemmelse med statsstøttereglene, og hvilke specifikke forpligtelser der bør gælde for dem.”

Dette er i tråd med det som tradisjonelt blir hevda både av Kommisjonen og av EF-domstolen. Fordi organiseringa av offentlege tenesteytingar er så ulik i medlemsstatane, så må omgrepet overlata relativt vidt skjøn til den enkelte staten. Men samtidig er det slik at måten desse oppgåvene blir løyst på kan vere underlagt EU-rettslege reglar. Og når slike oppgåver i større eller mindre grad er unntatt frå tenestedirektivet, så vil likevel dei generelle reglane i traktaten kunne kome inn. Det gjeld særleg EF art. 86 nr. 2, som drar opp eit relativt snevert vurderingstema for når slike tenester blir unntatt frå dei enkelte reglane i EF-traktaten, og tilsvarande frå EØS-avtalen. Men dette skal altså ikkje bli endra av det nye tenestedirektivet. Den allmenne europeiske striden vil altså halde fram på dette feltet i forhold til andre initiativ.

Feltet offentlege tenesteytingar har vore i ei brytingstid innanfor EU iallfall sidan Kommisjonen presenterte sitt første initiativ for 10 år sidan. Truleg vil diskusjonen no igjen skje innanfor den enkelte sektoren, og ikkje i forhold til eit så generelt initiativ som tenestedirektivet.

Det er viktig å sjå at plasseringa av offentlege tenester i forhold til EU-retten, og dermed EØS-retten, kan gå i tre ulike retningar. For det første kan det skje eit press i retning av å dra dei sterkare innunder reglane i EU-retten om den indre marknaden og konkurransereglane. Det kan vi kalle *marknadsmodellen*.

For det andre kan offentlege tenester bli regulert slik at EU-retten fastlegg at det skal vere meir opp til den einskilde medlemsstaten korleis ein vil regulere slike tenester. Det kan vi kalle *medlemsstatsmodellen*.

For det tredje kan interessa i å verne offentlege tenester like fullt dra dei inn under EU-rettslege reglar, men då under EU-reglar som har til formål å styrke ytinga av slike tenester på eit EU- og ikkje eit medlemsstat-nivå. Dette kan vi kalle *den sosiale EU-modellen*. Det er tendensar til ei slik utvikling i EF-domstolens rettspraksis som i sterkare grad tillegg EU-borgarskapet krav på visse offentlege tenester. Og dette var nok ein underliggjande ide i Kommisjonens framlegg i grønboka frå 2003 om å direktivregulere tenester av allmenn (økonomisk) interesse.

Den europeiske debatten om desse ulike alternativa vil halde fram. Utkastet til tenestedirektiv fører slik det no ser ut, mest til at direktivet ikkje medverkar til å løyse desse spørsmåla. At direktivet gjer så omfattande bruk av omgrepa i formuleringa av unntak, kan nok likevel vere med på å styrke stillinga for slike tenester i EU-retten meir generelt. Den omfattande offentlege debatten om utkasta til tenestedirektiv, og det fokuset som det har medført på stoda for offentlege tenester i EU- og EØS-retten, har ført til at desse omgrepa har blitt meir brukt i direktivet enn det som var tenkt. Og når omgrepa først blir brukt i ein slik avgrensingssamanheng, så vil domstolane ved tolkinga kunne tenkjast å leggje meir i desse omgrepa enn om tolkinga berre skulle basert seg på dei to traktatføresegnene som er omtalt i avsnitt 1 ovanfor. Men om framtidig praksis vil føre i retning medlemsstatsmodellen og altså tilbaketrekking for fellesskapet, eller den sosiale EU-modellen, med nye initiativ for å styrke felles politikk for offentlege tenester, er vanskeleg å seie.

Ola Mestad