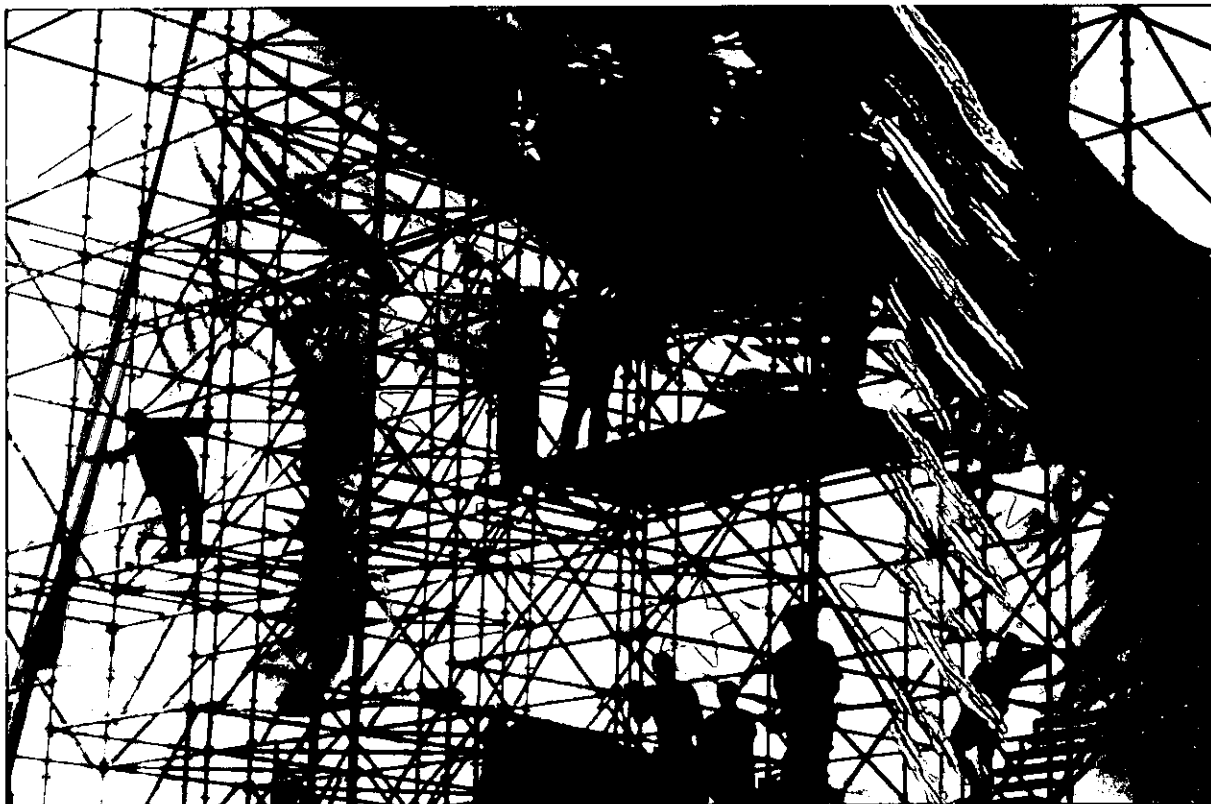




Peter Ørebech

Tjenestedirektivet 2006

– sammenlignet med 2004-utkastet og domstolsskapt EU-rett

Forord

Det har blitt hevdet i den norske debatten om EUs tjenstedirektiv at det endelig vedtatte direktivet har et vesentlig annet innhold enn det forslaget som ble lagt fram i 2004 av EU-kommisjonen ved kommissær Frits Bolkestein.

Dette notatet er en systematisk og detaljert sammenligning av 2004-forslaget og direktivteksten som ble vedtatt i desember 2006. Direktivet vurderes også i forhold til EUs domstolsskapte rett. Hensikten er å identifisere hvilke endringer som er gjort og ikke minst drøfte hva slags betydning forskjellene kan ha. Notatet setter spørsmålstegn ved om det faktisk foreligger substansielle endringer når det gjelder landenes adgang til å kontrollere etablering og handel med tjenesteytelser.

Notatet er skrevet av Peter Ørebech, førsteamanuensis ved Universitet i Tromsø. Ørebech har fått oppdraget av Senterpartiet, Sosialistisk Venstreparti, Kristelig Folkeparti og deres stortingsgrupper samt Nei til EU.

*Heming Olaussen,
Leder i Nei til EU*

Tjenstedirektivet 2006
– sammenlignet med 2004-utkastet og domstolsskapt EU-rett
Nei til EU arbeidsnotat nr. 2/2007

Forfatter: Peter Ørebech (NTL forening 93 – medlem # 7537355)

Redaktør: Morten Harper

Forsidefoto: EU

Forsidedesign: Eivind Formoe

Sammendrag

Hensikten med denne juridiske gjennomgang av tjensteddirektivet er å undersøke hvilke endringer som er gjort i det endelige vedtatte direktiv (2006-versjonen) sett i forhold til det avviste 2004-direktivet og de grunnleggende regler i EF-traktaten artikkel 43 (etablering) og 49 (tjenesteyting).

2006-direktivet følger nøye 2004-ordningen. Det er etableringsstaten som har tilsyns- og håndhevingsansvaret. Vertsstater som merker uregelmessigheter kan selv intet utrette, men må nøye seg med å henlede oppmerksomheten på dette hos etableringsstaten. Sistnevnte håndhever brudd på bl.a. tjensteddirektivet i overensstemmelse med forordningen om forbrukerbeskyttelsessamarbeide.

Valget Norge står overfor – enten å vedta eller å avvise tjensteddirektivet – medfører flere store og viktige forskjeller. Det er ikke slik noen forskere hevder at dette går ut på ett og det samme.

For det første: Avvises direktivet betyr det at Norge velger å hevde det grunnleggende prinsipp som ligger innebygget i mellomfolkelige avtaler slik som for eksempel EØS-avtalen også kan forstås, dvs. en likeverdig avtale mellom to likeverdige parter som begge har selvstendig lovgivningskompetanse. Grenseoverskridende virksomhet bygger på samsvarsvurderinger; krav stilt i EU til en lovlig virksomhet godtas som samsvarende med norske krav. Dvs. at Norge beholder norsk regelverk for tjensteytende virksomhet og forhandler med EU om godkjenning for det norske system som lovlig innen rammen av EØS.

For det annet, ved å inkorporere tjensteddirektivet i norsk rett aksepterer vi den domstolsdrevne rettsutvikling som har funnet sted i EU. Avvises tjensteddirektivet gjelder EF-traktaten artikkel 49 (tjensteytelser) slik den var tolket av EF-domstolen pr. 2. mai 1992 kun begrenset av de EFTA-domstolsavgjørelser som underkjenner norsk lovverk på tjenstesektoren. Eller sagt mer direkte: Vedtas direktivet, har Norge med ett slag godtatt noen hundretalls EF-domstolsavgjørelser. Det bør først undersøkes hva disse går ut på før vi velger å slutte oss til tjensteddirektivet.

For det tredje gjelder at ved å vedta direktivet har vi samtidig godtatt at norsk handlingsrom i arbeidsmarkedspolitikken reduseres vesentlig. Den selvstendige lovgivningsmyndighet er borte og Norge står tilbake med ren transformering av EU-retten. Det er atskillig trangere innenfor tjensteddirektivet enn innenfor EØS-avtalen artikkel 31-39. Beholder vi dagens norske system må dette utfordres av ESA i hver enkelt sak. Der Norge ikke utfordres består norsk rett. Der Norge utfordres og vinner frem med sitt syn består norsk rett.

For det fjerde: Mens det i 2004 var tale om et rammedirektiv og farer ved overregulering, tales det i 2006 om målrettet harmonisering og koordinering av nasjonale lovverk som skal sikre en høy grad av rettslig integrasjon i EU. Dette kan ikke oppfattes på noen annen måte enn at 2006-versjonen er vesentlig mer inngripende for medlemsstatene. Tyngdepunktet i lovgivningen flyttes fra medlemsstatene og til EU.

Innhold

Forord	1
Sammendrag	2
Innledning	4
Kapittel 1 – Traktatgrunnlaget, forholdet til tjenstedirektivet	8
A. Enekompetanse eller delt kompetanse?	8
B. Fri flyt – Et harmonisert system?	9
C. Hva omfattes av tjenstedirektivet? – En begrepsavklaring	11
1. Begrepsavklaring (1) Generelt	12
2. Begrepsavklaring (2) Etableringsfriheten	13
3. Begrepsavklaring (3) Tjenesteyting	15
D. Lovgivningsteknikk og tolkningsmetoder	16
Kapittel 2 – tjenstedirektivet 2006 kontra 2004, noen forskjeller	19
A. Hvem bestemmer?	19
1. Lovgivningen	19
• Hvem har kompetansen (1)? Vertslandet – registrering av tjenesteyter	20
• Hvem har kompetansen (2)? Vertslandets ”tvingende almene hensyn”?	21
2. Håndheving	27
• Utkastet til 2004-direktiv	27
• 2006-direktivet	28
• Sterkere kontroll og oppfølging av lønns- og arbeidsvilkår	29
3. Tvisteløsning.....	29
• Alternativ (1) Direktivet avvises	30
• Alternativ (2) Direktivet vedtas – prøvingsretten 2004 kontra 2006	30
B. Hvilke endringer?	31
1. Generelt om 2004-utkastet sammenlignet med 2006-direktivet	32
• Harmonisering	33
• Overlappende regler	33
• Går utstasjoneringdirektivet foran tjenstedirektivet?	34
2. Åpner tjenstedirektivet for privatisering og liberalisering?	38
• Områder som er ”forbeholdt” noen	38
• Skillet mellom almen økonomisk interesse, økonomiske hensyn og forsyningsplikt?	39
• Kun forsyningspliktytelser	41
3. Er det noe som faller utenfor tjenstedirektivet? Generelt	41
4. Hva faller utenfor tjenstedirektivet? Eksplisitt nevnt	42
5. Unntak for arbeidsrettslige regler og grunnleggende rettigheter?	46
6. Forrang for utstasjoneringdirektivet	48
7. Unntak for helsetjenester?	49
8. Sterkere kontroll og oppfølging av lønns- og arbeidsvilkår?	49
Kapittel 3 – Konklusjoner	52
Vedlegg – Tjenstedirektivet 2006 kontra 2004, kronologisk fremstilt	58

Innledning

1. Hensikten med denne juridiske gjennomgang av tjenstedirektivet er å undersøke hvilke endringer som er gjort i det endelige vedtatte direktiv (2006-versjonen) sett i forhold til det avviste 2004-direktivet og de grunnleggende regler i EF-traktaten artikkel 43 (etablering) og 49 (tjenesteyting). Dette betyr at jeg i all hovedsak lar være å beskrive ordningene der rettstilstanden er uforandret fra 2004 til 2006.

2. Direktivet ble vedtatt 11. desember 2006 med kvalifisert flertall, i en avstemning der både Litauen og Belgia avstod fra å stemme.¹ Dette viser trolig at det ikke var enkelt å få det tilstrekkelige stemmetall for forslaget, og at den eneste måten å oppnå det på var å overtale 2 av landene (med til sammen 19 stemmer) fra å delta i avstemningen slik at disse lands stemmer ikke ble regnet som negative ved utregningen av det kvalifiserte flertall (jf. reglene om negativt flertall).²

3. For å studere forskjellene har jeg i all hovedsak lagt til grunn direktivet i dansk språkdrakt. Dette har sammenheng med at det ikke fantes noen norsk oversettelse da analysen ble startet. Senere kom den norske teksten og denne er tidvis konsultert og sitert fra. Imidlertid er det sprik mange steder da den norske teksten avviker fra den danske. I disse tilfelle følger jeg den danske offentlige utgave fordi den norske, fra Nærings- og handelsdepartementet, er kun en uoffisiell versjon. Dvs. at danske sitater er beholdt de aller fleste steder. Dette skulle imidlertid ikke medføre store problemer i og med at meningsinnholdet selvsagt er godt forstått i begge språk. Nettopp derfor er det imidlertid grunn til å undre seg over at det faktisk er såpass mange uoverenstemmelser i de to versjoner.

4. Direktivet som "gjelder bare krav som påvirker adgang til eller utførelse av en tjenestevirksomhet"³ retter seg mot medlemsstater og angir hvilke restriksjoner som lovlig kan stilles vis-a-vis tjenesteytere, dvs. "lette udøvelsen af etableringsfriheden for tjenesteydere samt den frie bevægelighed for tjenesteydelser" (artikkel 1 (1)). I en gjennomføringsperiode som strekker seg frem til 31. desember 2008 skal medlemsstatene foreta en "screening" av sitt lovverk med virkning for tjenesteytelser.⁴ Denne gjennomgang skal så danne grunnlaget for nødvendige opphevelser og lovendringer nasjonalt.

5. Vurderingen her skjer med bakgrunn i et vedlagt dokument, der forskjellene i de to direktiv er registrert og fremstilt. Jeg skal videre peke på noen sider av hva disse endringer betyr i "den virkelige verden". Jeg skal også vurdere 2006-løsningen opp i mot friheten til etablering og tjenesteyting slik disse har utviklet seg iht. EF-domstolens praksis. Dette er nødvendig også fordi EU i mange tilfelle faktisk ikke gjør noe annet enn å kodifisere rettsprinsipper utviklet i EF-domstolens avgjørelser, uten at det betyr noe for at sistnevnte får fortsette sitt virke som institusjonsbygger.⁵

¹ Se Council of the European Union, Brussel, 11 December 2006 16598/06 (Presse 361).

² Se EU-traktaten artikkel 23 (2), minimum 62 % av befolkningen i EU står bak forslaget, jf. kravet om minimum 232 stemmer for forslaget avgitt av minst 2/3 av medlemslandene iht. artikkel 205(3). Avholdenhet fra å stemme regnes ikke som stemmer som er avgitt mot forslaget.

³ Se EUROPAPARLAMENTETS INNSTILLING, vedtatt ved annengangsbehandling 15. november 2006 med tanke på vedtak av EUROPAPARLAMENTETS- OG RÅDS DIREKTIV 2006/123/EC om tjenester i det indre marked 2004/0001 (COD) OJ L 376/36; 27.12.2006 (heretter benevnt T2006), betraktning 9.

⁴ T2006, betraktning 74.

⁵ Alec Stone Sweet: Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe (Oxford University Press 2000).

6. Kan en si at direktivet ikke gjør noe *fra eller til* fordi den materielt sett ønskede utvikling allerede er oppnådd gjennom domstolsskapte løsninger? Iht. LOs juridiske avdeling er forslaget "langt på vei en kodifisering av rettsregler som kan utledes av bestemmelsene om fri utveksling av tjenester og EF-domstolens rettspraksis." I samme retning Jon-Erik Dølvik (forsker ved Fafo): "Å bruke reservasjonsretten blir et symbolsk slag i lufta siden direktivet kun stadfester gjeldende EU/EØS rett som Norge uansett vil være bundet av".⁶ Jeg stiller spørsmålsteget ved denne oppfatning, noe jeg kommer tilbake til i kapittel 1 D, jf. kapittel 3(1).

7. Er det tilstrekkelig at tjensteddirektivet garanterer at *dette* "ikke berører" privatisering, liberalisering, reglene om utstasjonering, arbeidsrettslige anliggender etc? Direktivet selv berører ikke evt. privatisering, ja vel, men hva med andre EU bestemmelser⁷ eller den ulovfestede EU-retten? Den slår inn med full tyngde. Dersom formuleringer i direktivet skulle ha noen verdi må det ikke da erklæres at privatisering osv. ikke skal skje?

8. Det har vært hevdet at "[t]jensteddirektivet kommer kort og godt fordi man ønsker å sette fart i handelen med tjenester".⁸ Dette er en viktig offisiell begrunnelse; "Et konkurranse-dyktig marked innen tjenester er avgjørende for å fremme økonomisk vekst og skape arbeidsplasser i Den europeiske union. At forslaget også bidrar til å bygge Den europeiske union er sikkert heller ikke negativt, jf. passussen som kom inn i direktivet helt på tampen; at "[t]jenesteydelser af almen økonomisk interesse omfatter viktige opgaver i forbindelse med social og territorial samhörighed" (betraktning 72).⁹

9. På det nåværende tidspunkt er det en rekke hindringer innen det indre marked som forhindrer ytere, særlig små og mellomstore bedrifter (SMBer), i å utvide sin virksomhet ut over sine respektive nasjonale grenser og i å utnytte det indre marked fullt ut".¹⁰ Dette er likevel intet fullgodt svar fordi det ikke avklarer hvorfor direktivet ble slik det ble. Her må andre forklaringer til. Det viktigste formålet med direktivet er trolig å sørge for at alle de 27 medlemsland godvillig endrer nasjonale regelverk som hindrer fri flyt av tjenester i stedet for, slik som nå, at EU fra sak til sak må kjempe seg frem til lovmessighet i enkeltland:

"Det er ikke muligt at overvinde disse hindringer udelukkende ved at forlade sig på direkte anvendelse af traktatens artikel 43 og 49, da det ville være ekstremt vanskelig for de nationale myndigheder og Fællesskabets institutioner at gennemføre traktatbrudssager mod de pågældende medlemsstater i hvert enkelt tilfælde, især efter udvidelsen, og da mange hindringer kun kan fjernes gennem en forhåndskoordinerings af de nationale lovgivninger, bl.a. ved at etablere et administrativt samarbejde. Som Europa-Parlamentet og Rådet har erkendt, må gennemførelsen af et ægte indre marked for tjenesteydelser ske ved hjælp af et lovgivningsinstrument på fællesskabsplan".¹¹

Ekstremt vanskelig, sies det. Det er sterke ord og gir oss trolig også den viktigste grunnen til at tjensteddirektivet måtte vedtas nå. Dagens system er funksjonsudyktig. Man må få til ordninger som letter kontrollen med at den frie flyt av tjenester virkelig kommer i gang og vedvarer. Selvjustis er løsningen.

⁶ Se http://www.frifagbevegelse.no/arbeidslivet/internasjonalt/eus_tjensteddirektiv/article2542604.ece

⁷ Se for eksempel Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services (OJ 1997 L 18, p. 1).

⁸ Roar Eilertsen & Stein Stugu: EUs tjensteddirektiv. Hva blir prisen – Hvem betaler (De Facto) august 2006 s. 10.

⁹ Av NHD gitt følgende oversettelse; "[t]jenester av allmenn økonomisk interesse er overlatt viktige oppgaver vedrørende sosial og territorial sammenheng" (sic!)

¹⁰ Se T2006 betraktning 2.

¹¹ T2006 betraktning 6.

Dette problem leder ikke med nødvendighet til at reglene om tjenesteyting harmoniseres på EU nivå, det kan i stedet velges en "samsvarsmodell" iht. lov om tekniske kontrollorgan som har til oppgave å gjennomføre samsvarsvurderingar av 16. juni 1994 nr. 20,¹² dvs. at medlemslandene godtar etableringslandets regler som likeverdige med egne ordninger slik at fremmede tjenesteytere kan rettsgyldig utøve sitt virke i vertslandet dersom virksomheten er lovlig i hjemlandet.

Det var dette Kommisjonen gikk inn for i 2004: Direktivet "gør det muligt på én gang at sikre den frie udveksling af tjenesteydelser og at lade medlemsstaternes forskellige retssystemer eksistere side om side med alle deres særlige kendetegn".¹³ Dette var imidlertid overdreven entusiasme. En undersøkelse bestilt av EU-parlamentet konkluderte med at "the provisions of the draft do not establish a sufficient level of mutual confidence between Member States".¹⁴ Kommisjonen bekrefter at det er manglende tillitt til at medlemsland hver for seg "beskikker sitt bo". Dette gjelder"... fordi der mangler opplysning om og tillid til tjenesteydelser fra andre medlemsstater".¹⁵ Men det gjelder også fordi hindringene "har en rekke felles trekk, herunder særlig det faktum at de ofte har sitt opphav i forvaltningsmessige pålegg, den juridiske usikkerheten i forbindelse med virksomhet på tvers av landegrenser og mangelen på gjensidig tillit mellom medlemsstatene".¹⁶

10. Bakgrunnen for at denne analyse vinkles mot endringene siden 2004 er oppfatningen mange steder om at tjenstedirektivet nå har fått en "ansiktsløftning" slik at de mest uheldige utslag av ordningen er luket ut.¹⁷ Direktivet er bra nok for Den europeiske faglige sammenslutningen (DEFS – ofte kalt Euro-LO) og må derfor også være godt nok for Norge, er tankegangen. Bl.a. hevdes det at:

"Man gikk bort fra det svært kontroversielle "opprinnelseslandsprinsippet" og innførte generelle unntak for arbeidsrettslige regler og grunnleggende rettigheter - herunder retten til arbeidskamp. Det ble samtidig klargjort at utstasjoneringsdirektivet går foran tjenstedirektivet. Videre ble helsetjenester (både offentlige og private) samt vikarbyråer og vakselskaper unntatt fra direktivets anvendelsesområde. Vesentlige begrensninger i importlandets kontrolladgang ble også fjernet".¹⁸

I den utstrekning 2006 endringene ikke er bra nok, vil Regjeringen iverksette tiltak som forhindrer de verste utslag, se Arbeids- og inkluderingsdepartementets høringsnotat om å skape ryddigere forhold på inn- og utleiemarkedet for arbeidskraft, og sterkere kontroll og oppfølging av lønns- og arbeidsvilkår ved hjelp av utvidet oppdragsgiveransvar og innsynsrett, i de bransjer der tariffavtaler er allmenngjort.¹⁹ Et slikt tiltak er forslag til endringer i

¹² I dag er dette et grunnleggende prinsipp innenfor Verdens handelsorganisasjons (WTO), se for eksempel Sanitary and Phytosanitary Agreement artikkel 4, dvs. at nasjonale krav gjensidig godkjennes som likeverdige i medlemslandene. Det følges også av EU i forhold til tredjeland, med virkning også i EØS, se Ot prp nr 24 (1996-97) Om lov om endringer i lov 16 juni 1994 nr 20 om tekniske kontrollorgan som har til oppgave å gjennomføre samsvarsvurderingar etter EØS-avtalen. Dvs. de s.k. MRA-avtalene (Mutual Recognition Agreements).

¹³ Forslag til EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV om tjenesteydelser i det indre marked (forelagt af Kommissionen) KOM(2004) 2 endelig 2004/0001 (COD) av 13.1.2004 s.18. Heretter benevnt T2004.

¹⁴ Wouter Gekiere, Towards a European Directive on Services in the Internal Market: Analysing the legal repercussions of the Draft Services Directive and its Impact on National Services Regulation (Research Report Commissioned by Anne Van Lancker, Rapporteur Committee Employment and Social Affairs European Parliament, 24 September 2004) s. 3.

¹⁵ Se EU kommisjonen 4.4.2006 KOM(2006) 160 endelig; 2004/0001 (COD), Ændret forslag til EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV om tjenesteydelser i det indre marked, (heretter 4. april 2006-utkastet) s. 2.

¹⁶ T2006 betraktning 3.

¹⁷ Gerd Liv Valla (LO) referert i "Nationen" 18. november 2006.

¹⁸ Innstilling til sekretariatsmøtet fra ledelsen i LO som referert i Nationen 18. november 2006.

¹⁹ Om tiltak for å sikre ryddigere forhold på inn- og utleiemarkedet og for å effektivisere allmenngjøringsordningen (Arbeids- og inkluderingsdepartementet 22. desember 2006).

regelverk for inn og utleie av arbeidskraft. Et annet er forslag til endringer i allmenngjøringsloven. Det foreslås også å innføre en obligatorisk godkjennings- og kontrollordning for vikarbyråer.

Dette er blant de standpunkter som skal undersøkes i fortsettelsen. Jeg skal i tillegg ta opp spørsmålet om "EU kan kreve at vi åpner opp for private tjenesteytelser på områder vi mener er offentlige oppgaver", noe som har skapt bekymring i mitt LO-forbund, Norsk tjenestemannslag (NTL).²⁰

11. For å måle endringene stiller jeg spørsmålet om 1) 2006-direktivet vurdert opp i mot 2004-utkastet, endrer maktfordelingen i lovsaker mellom EU og medlemsstatene; dvs. reserverer flere avgjørelser enn i 2004 til medlemsstatene, og 2) dersom forholdet er uendret; om 2006-direktivet gir bedre garantier for gode fellesordninger for tjenesteflyten, dvs. at systemet ikke fører til "a race towards the bottom".²¹ Selv om så er tilfelle, er dette likevel ubetryggende hvis EU har lovkompetansen fordi ingen medlemsstat har veto og det som noen oppfatter som gode løsninger i dag kan lett endres til det verre.

12. Siktemålet med spm. 1 er å undersøke om det er gjort materielle endringer mht. *fordelingen av kompetanse mellom medlemsstatene internt og mellom disse og EU i saker om tjenesteytelser*. Jeg undersøker så vel lovgivningsmakt som håndheving. Tvisteløsning behøver ikke vurderes fordi den endelige avgjørelse her ligger hos EF-domstolen uansett. For Norges del blir stridsspørsmål avgjort av EFTA-domstolen.

13. Jeg bruker betegnelsen vertslandet om det land som mottar tjenesteytelsene. Etableringsstat eller -land (2006-direktivet bruker her "etableringsmedlemsstat") angir "den medlemsstat, på hvis område den pågældende tjenesteyder er etablert" (artikkel 4 paragraf 4). Opprinnelseslandet, som var et gjennomgående begrep i 2004-versjonen, er som følge av begrepsendring i det endelige direktiv, ikke benyttet i denne fremstilling.

14. Fremstillingen er ordnet slik: Endringene fra 2004 til 2006 slik de formelt fremtrer i direktivet, fremstilles i vedlegget, uten at jeg her trekker noen slutninger mht. hva som er konsekvensene. Der det ikke er gjort substansielle endringer er disse ikke analysert eller referert. Jeg siterer bestemmelsene i sin helhet der forandringene fra 2004-versjonen er store – dvs. substansielt betydningsfulle. I tilfelle av mindre endringer er teksten ikke gjengitt. Fordi ordningene må leses i sin kontekst, dvs. EF-traktaten slik den har utviklet seg i rettspraksis,²² er det aller først (kapittel 1) nødvendig å presentere innholdet i den rettsutvikling som har funnet sted vedrørende fri flyt av tjenester (EF-traktaten Artikkel 49 flg) og den tilsvarende ordning i EØS-avtalen artikkel 36-39. I kapittel 2, som bygger på vedlegget, fremstilles for det første personelle implikasjoner av endringene i tjenstedirektivet (pkt. A) og deretter de substansielle endringer i 2004-versjonen (pkt. B). Til sist foretas en oppsummering og konklusjon (kapittel 3).

²⁰ Tjenestemannsbladet nr. 10 – desember 2006 s. 49.

²¹ Se Fritz C. Holte; *Det alternative systemet: en vei ut av internasjonal markedsliberalisme* (Roskva forlag, Oppgård 2004) som frykter dette. I motsatt retning: Francis G. Castles; *The future of the welfare state: crisis myths and crisis realities* (Oxford University Press, 2004), se s. 45: "the 'race to the bottom' is a crisis myth rather than a crisis reality".

²² *Det er klart at EF-domstolen har en sentral rolle i rettsutviklingen, se for eksempel Karen J. Alter: Who are the "Masters of the Treaty"? European Governments and the European Court of Justice International Organization, Vol. 52, No. 1. (1998), s. 121-147, se s. 235: "The ECJ is after all the highest authority on the meaning of EC law, and national courts will defer to the ECJ for this reason. The only choice left for politicians is to rewrite the EU legislation itself".*

Kapittel 1 – Traktatgrunnlaget, forholdet til tjenstedirektivet

A. Enekompetanse eller delt kompetanse?

EU-rettens fremdrift er i de 50 år som er gått siden Romatraktaten av 1957 preget av tre faser. *For det første* prinsippvedtak om at et eller annet livsområde tilhører EU-retten, dvs. at EU har enekompetanse slik en har det i alle tilfeller av "fellespolitikk" evt. et område for delt kompetanse (jf. den enda ikke vedtatte EU grunnloven artikkel I-13 og I-14). I denne fasen får medlemsstatene beholde sitt interne regelverk dog korrigert for rammer som skyldes reaksjoner mot nasjonal politikk fra Kommisjonen eller EF-domstolen (ECJ).

For det annet implementering i form av samsvarsvurderinger som lå innebygget i opprinnelseslandprinsippet slik det var nedfelt i 2004-versjonen. Dette var et bærende prinsipp i en tidlig fase i byggingen av vareflyten i EU. Se for eksempel *Cassis de Dijon-saken* (om fransk solbærlikør som var lovlig produkt i Frankrike men nektet solgt i Tyskland).²³ I så tilfelle legges det til grunn at disse medlemsstater kan beholde sine nasjonale krav, men må samtidig godta andre staters nasjonale krav som likeverdige.

Dette var ordningen i 2004: "anvendelsen af oprindelseslandsprinsippet gør det muligt på én gang at sikre den frie udveksling af tjenesteydelser og at lade medlemsstaternes forskellige retssystemer eksistere side om side med alle deres særlige kendetegn, som ikke kan udnyttes til at begrænse tjenesteydelser, der udføres af en tjenesteyder, der er etableret i en anden medlemsstat".²⁴ Gjennombruddet for dette prinsipp utenfor den frie vareflyt var å finne i (for etableringsfriheten) den s.k. *Centros-dommen*.²⁵

For det tredje ved harmonisering, dvs. at like EU-regler blir gjeldende i hele EU-området. Det kan være grader av harmonisering, fra full rettsenhet gjennom forordninger – som opprinnelig krevet av Kommisjonen mht. tjenesteytelsene²⁶ – til mer løselige rammeverk – slik som foreslått i det opprinnelige tjenstedirektiv av 2004, jf. uttrykket "rammedirektiv" (se pkt. B). Reglene foreslås normalt av Kommisjonen, men det kan også legges opp til at faglige sammenslutninger av arbeidsgivere kan vedta atferdskodekser, se tjenstedirektivet artikkel 37. EU-kommisjonen har etter 2004-kontroversen med EU-parlamentet faset ut samsvarsvurderinger. Dvs. at EU i 2006-direktivet har fjernet et verktøy som omtales på følgende måte i EUs folkevalgte organ: "Endelig glædede Parlamentet sig over "forslagene vedrørende et horisontalt instrument til at sikre den frie bevægelighed for tjenesteydelser i form af gensidig anerkendelse, idet automatisk anerkendelse så vidt muligt tilstræbes, administrativt samarbejde og, hvor dette er strengt nødvendigt, harmonisering".²⁷ Mens parlamentet mente at det fikk greie seg med samsvarsvurderinger og at harmonisering av lovverket kun skulle brukes der det var "strengt nødvendig", rømmer Kommisjonen prinsippet i 2006. Det er ingen vei utenom harmonisering, heter det. I fortalen til 2006-direktivet er dette begrunnet slik:

"Disse hindringene kan ikke fjernes ved bare å stole på den direkte anvendelsen av traktatens artikkel 43 og 49, siden på den ene siden å ta dem opp i hvert enkelt tilfelle

²³ Sak 120/78, Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, 1979 E.C.R. 649.

²⁴ Se T2004 s. 18.

²⁵ Dom av 9 mars 1999 C-212/97.

²⁶ EU-kommisjonen stod lenge fast på dette standpunkt mht. tjenesteyting, men måtte gi etter fra sterkt press fra Tyskland som kun ønsket et direktiv.

²⁷ Se Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrukerne på det indre marked og om ændring af direktiverne 84/450/EØF, 97/7/EF og 98/27/EF (direktivet om urimelig handelspraksis); KOM(2003) 356 endelig af 18.6.2003.

gjennom traktatbruddsbehandlinger mot den berørte medlemsstat ville, særlig etter utvidelsen av Fellesskapet, være ekstremt komplisert for nasjonale institusjoner og institusjoner i Fellesskapet, og på den annen side at det å fjerne mange hindringer krever forutgående samordning av nasjonal lovgivning, herunder opprettelse av et forvaltningsmessig samarbeid. Som Europaparlamentet og Rådet har erkjent, gjør en fellesskapsrettsakt det mulig å oppnå et ekte indre marked for tjenester”²⁸

Svaret er derfor at EU overtar lovgivningskompetansen – dvs. en preemptiv (uttømmende) rett til regulering av tjenesteyting men likevel slik at EU innen begrensede rammer godtar at medlemsstatene fortsatt regulerer sektoren på områder som er eksplisitt nevnt (se artikkel 16) og forutsatt at nasjonal lovgivning ikke strider mot EU-retten – også kalt *acquis communautaire*. Så, innen tjenestesegmentet er situasjonen den at medlemsstatene kan selv lage regler, men kun i det omfang EU har delegert lovgivningsmyndighet til statene. Detaljene her skal klargjøres etter hvert.

B. Fri flyt – Et harmonisert system?

Det presiseres i EF-domstolens avgjørelser på området for tjenesteytingene, at medlemsstatene på områder av EU-retten som ikke er harmonisert, har kompetanse til selv å lovregulere feltet, men kun hvis de nasjonale ordninger tilfredsstiller det overgripende prinsipp om at reguleringen er tvingende nødvendig av hensyn til den offentlige orden, sikkerhet, sunnhet etc. og disse hensyn ikke allerede er ivaretatt i etableringsstaten.²⁹ Hvis området er harmonisert, slik det ble ved vedtakelsen av tjenstedirektivet, er nasjonal, selvstendig lovgivningsmyndighet fjernet, og medlemsstaten kan kun transformere EU-bestemmelsene til nasjonal rett og vedta ordninger som uttrykkelig er delegert til medlemsstatene.

Fri flyt av tjenester tilhører hva man i USA kaller ”the commerce clause” (U.S. Const. Art. I., Section 8, cl. 3.), dvs. en myndighet som helt ut tilhører den føderale staten og ikke delstatene. Formelt heter det seg at den føderale stat kun har den makt som positivt er delegert den, mens restkompetansen tilhører delstatene. Dette er imidlertid en fiksjon.³⁰

Gjelder det tilsvarende i EU? Tjenesteyting er en del av EF-traktaten avsnitt III om ”den frie bevegelse for personer, tjenesteytelser og kapital”.³¹ Området tilhører EU fullt ut: ”Unionen har enekompetence til at fastlegge de konkurranseregler, der er nødvendig for det indre markeds funktion”.³² Dette betyr at ”[n]år Unionen i forfatningen tildeles enekompetence på et bestemt område, er det kun Unionen, der kan lovgive og vedtage juridisk bindende retsakter, og medlemsstatene har kun beføjelse hertil efter bemyndigelse fra Unionen eller med henblik på at gennemføre de retsakter som Unionen vedtager”.³³ Dvs. at kun EU har lovgivningsmyndigheten innenfor området for tjenesteytelsene og at medlemsstatene i EU (eller EØS hvis direktivet implementeres her) kun har delegert

²⁸ T2006, fortalen betraktning 6.

²⁹ Av rettspraksis nevnes her noen få illustrasjoner, se C-244/04, dom av 19 January 2006, EU commission v. Federal Republic of Germany, pkt. 31, Commission of the European Communities v. Grand Duchy of Luxembourg, 21 October 2004 sak C-445/03 pkt. 21, Commission of the European Communities v. Republic of Austria, dom av 21 September 2006, Sak C-168/04 pkt. 37 og C-369/96 & C-376/96 *Arblade and Others* [1999] ECR I-8453, paragraphs 34 and 35.

³⁰ ”[O]ne of the greatest ‘fictions’ of our federal system is that the Congress exercises only those powers delegated to it, while the remainder are reserved to the States ... Although it is clear that the people, through the States, delegated authority to Congress to ‘regulate Commerce... among several States’, one could easily get the sense from this Courts’s opinions that the federal system exists only at the sufferance of Congress”, *Hodel v. Virginia Surface Mining etc.* 452 U.S. 264, se s. 307.

³¹ Sitater fra EF-traktaten er fra Amsterdam Traktaten. Den læsevenlige udgave (Vindrose, Allingåbro 1998).

³² Dette bekreftes av utkastet til Traktat for en forfatning for Europa (Det Europeiske Konvent 2003), artikkel I-13 (b) som på dette kapittel kun kodifiserer hva som er langvarig og etablert praksis i EF-domstolen.

³³ Utkast til Traktat for en forfatning for Europa (2004), artikkel I-12(1).

myndighet dvs. i hovedsak slik myndighet som følger av behovet for gjennomføring i nasjonal rett, dvs. implementering av EU lovverket. Medlemsstatene har altså ingen selvstendig lovgivningsmyndighet, heller ikke i den situasjon der man tenker seg tjenstedirektivet borte. Dette betyr at fri flyt er i prinsippet innført. Enekompetansen tilhører i prinsippet EU. Det som gjenstår er at EU tar kompetansen i bruk, dvs. pålegger medlemsstatene ensartede retningslinjer som disse skal implementere for sitt territorium. Det er det EU gjør nå.

Nå er situasjonen den at EU – selv om en konstitusjonelt har kompetansen – ikke behøver å benytte denne helt ut. I 2004 så EU slik på tjenstedirektivets funksjon:

"Der oppstilles ved direktivet en generell retlig ramme, der med enkelte undtagelser gjelder for alle tjensteydelser. En sådan horisontal tilgang er begrundet i det forhold, at de rettlige hindringer, der står i vejen for gennemførelsen af et egentligt indre marked for tjensteydelser, som påpeget i rapporten ofte berører mange forskellige former for virksomhed og har mange træk til fælles.

Da der er tale om et rammedirektiv, har direktivforslaget ikke til formål at fastsætte udførlige bestemmelser eller at harmonisere alle medlemsstaternes bestemmelser om servicevirksomhed. Dette ville føre til overregulering og ensretning af de særlige kendetegn ved de nationale reguleringsordninger for tjensteydelser. Forslaget omhandler derimod kun de spørgsmål, der er afgørende for et velfungerende indre marked for tjensteydelser, idet der lægges særlig vægt på bestemmelser, der tager sigte på en målrettet harmonisering af bestemte spørgsmål, på fastsættelse af klare forpligtelser til at levere resultater uden at foregribe de valgte lovgivningsteknikker og på bestemmelser, der opstiller en klar opgavefordeling mellem tjensteydernes oprindelsesmedlemsstat og bestemmelsesmedlemsstat. Der henvises i forslaget desuden til gennemførelsesbestemmelser - fra Kommissionens side - til visse bestemmelser.

Selv om der opstilles en generell retlig ramme, tages der i forslaget også hensyn til de særlige forhold, der gælder for de enkelte erhverv eller former for virksomhed. Nærmere bestemt tages der hensyn til de lovregulerede erhvervs særlige karakter og den særlige rolle, som selvregulering har".³⁴

Det tales her om et "rammedirektiv" hvis formål er en løslig harmonisering av medlemsstaternes regler om servicevirksomhet og det advares mot overregulering. Dvs. at nasjonale lovverk skal harmoniseres men ikke i sin ytterste detalj. Det legges til grunn et proporsjonalitets-prinsipp der ledetråden er at det ikke skal gjøres mer enn det som er nødvendig for å oppnå "et velfungerende indre marked for tjensteydelser".

Dette er noe mer enn det løse samsvarssystem som utledes av *Cassis de Dijon-dommen*.³⁵ Selv om 2004-versjonen i utgangspunktet bygger på at tjensteyter følger sitt hjemlands nasjonale ordninger; kun underlagt EUs etterfølgende kontroll i individuelle saker, går EU her et trinn videre, til etableringen av et rammedirektiv som harmoniserer viktige sider av nasjonal rett. Vi forlater fase 2 til fordel for fase 3 (se kap.1 pkt. A). Tjenstedirektivet resulterer i en slik tilpasning. Dvs. at EU finner at gapet mellom prinsippet slik det er nedfelt i EF-traktaten og den medlemsstatlige nasjonale og selvstendige regelverk ikke kan tettes ved at EU tar opp overtredelser med medlemsstatene i hvert enkelt tilfelle. Brudd på tjensteflyten er omfattende³⁶ og medlemsstatene har ikke hver for seg vilje eller evne til å rydde opp i

³⁴ Se T2004, pkt. 3 Direktivet i hovedtræk a) Et rammedirektiv.

³⁵ Sak 120/78, Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, 1979 E.C.R. 649.

³⁶ T2006 betraktning 3: "Rapporten konkluderer med at det et tiår etter den forespeilte fullføringen av det indre marked fremdeles er et stort gap mellom visjonen om en integrert økonomi innen Den europeiske union og realiteten slik den oppleves av europeiske borgere og ytere."

hindringene.³⁷ Spørsmålet i dette tilfelle gjelder altså ikke hvem som kan treffe beslutninger i saker om fri flyt av tjenester, men om disse reguleringer har et innhold som er til å leve med. Se kapittel 3 B.

Hvordan er 2006-direktivet sett i forhold til 2004-løsningen, gir direktivet sterkere eller svakere rammer? Går 2006-ordningen mindre i detalj? Overlates mer eller mindre til medlemsstaten, jf. fortalen til 2006-direktivet?

”Det bør fastsettes bestemmelser for en balansert blanding av tiltak som innebærer målrettet harmonisering, forvaltningsmessig samarbeid, bestemmelser om frihet til å yte tjenester og en oppfordring til utviklingen av atferdsregler for visse områder. Denne samordningen av nasjonale rettsordninger bør sikre en høy grad av juridisk integrering innen Fellesskapet og en høy grad av beskyttelse av mål av generell interesse, særlig vern av forbrukere, som er avgjørende for å opprette tillit mellom medlemsstatene”.³⁸

Mens det i 2004 var tale om et rammedirektiv og farer ved overregulering, tales det i 2006 om målrettet harmonisering og koordinering av nasjonale lovverk som skal sikre en høy grad av rettslig integrasjon i EU. Dette kan ikke oppfattes på noen annen måte enn at 2006-versjonen er vesentlig mer inngripende for medlemsstatene. Tyngdepunktet i lovgivningen flyttes fra medlemsstatene og til EU.

I tillegg gjelder at disse generelle bemerkninger ikke er fullt ut representative for rettsordningen innen alle områder av næringslivet. Mange unntak finnes (se kapittel 2 B4), og i motsetning til hva mange da tror, nemlig at unntaket er gjort fordi medlemsstatene skal styre feltet helt ut selv, er unntak gitt fordi bestemmelsene innen for visse typer tjenesteyting skal harmoniseres fullt ut. Når direktivet for eksempel unntar henholdsvis vikarbyråer og private sikkerhetstjenester fra direktivets anvendelsesområde er det fordi bestemmelsene på disse områder skal harmoniseres fullt ut. Selv om Kommisjonen ikke fant at dette var klart dokumentert i første omgang, var det likevel tilstrekkelig til at slike virksomheter skulle holdes utenfor tjenstedirektivet (se artikkel 2 og 38). Tankegangen er at dette skal utredes nærmere og at Kommisjonen deretter fremmer forslag om egne direktiver for vikarbyråer, inkassoselskaper, pengetransporter og sikkerhetstjenester evt. at tjenstedirektivet utvides slik at disse typer aktivitet blir omfattet.

2006-direktivet skal selv om en sikter mot en styrt og direkte harmonisering, overlate visse områder til medlemsstatenes eget forogtdbefinnende: ”De regler som er knyttet til forvaltningsmessige fremgangsmåter skal ikke ha som mål å harmonisere forvaltningsmessige fremgangsmåter, men å fjerne unødig tyngende godkjenningsordninger, fremgangsmåter og formaliteter som er til hinder for etableringsadgangen og at det skapes nye tjenesteytende foretak”.³⁹ Dette gjelder regler om fremgangsmåten og vedrører ikke det materielle innholdet i reguleringene. Jeg holder slike saksbehandlingsregler utenfor i det følgende.

C. Hva omfattes av tjenstedirektivet? – En begrepsavklaring

En kan vanskelig diskutere tjenstedirektivet uten å vite hva ”tjeneste” er for noe. Er tjeneste identisk med ”tjenesteytelse” som igjen er det samme som tjenesteytende næringer? Kan en følge skillet mellom primær-, sekundær- og tertiærnæringer, hvorav det siste nettopp er tjenesteytelsene? I så tilfelle vil landbruks- og industriproduksjon falle utenfor. Dette syn inntas i De Factos rapport (2006): ”Grovt sagt kan man si at tjenestesektoren i en moderne

realiteten slik den oppleves av europeiske borgere og ytere.”

³⁷ Op.cit. betraktning 6: Det vil ”være ekstremt komplisert for nasjonale institusjoner og institusjoner i Fellesskapet ... å fjerne mange hindringer [som] krever forutgående samordning av nasjonal lovgivning”.

³⁸ T2006, betraktning 7.

³⁹ Se T2006 betraktning 42.

økonomi består av alt annet enn industri og primærnæringer”.⁴⁰ Er dette korrekt?

Før vi går inn i diskusjon av rettsfølger av tjenstedirektivet er det nødvendig å kjenne vilkårene for at direktivet kommer til anvendelse (situasjonsvilkåret) – se pkt. 1-3. Virkningen av direktivet (rettsfølgen) er drøftet i kapittel 2 B, pkt. 4-8. Jeg skal i begge tilfelle søke å sammenligne direktivet med rettstilstanden slik den var formulert i 2004-utkastet og også iht. domstolsskapt rett med grunnlag i EF-traktaten artikkel 43 og 49.

1. Begrepsavklaring (1) Generelt

Direktivet slår inn i tre forskjellige situasjoner, her kalt situasjonsvilkår. For det første omfatter det retten til utenlandsetablering. For det annet i to tilfeller av tjenesteyting. Dette fremgår av formålet med direktivet som er å ” Dette direktiv fastsetter generelle bestemmelser for å lette utøvelse av etableringsadgangen for tjenesteytere og fri bevegelighet av tjenester” (artikkel 1(!)).

Retten til tjenesteyting i det indre marked – slik det omhandles i direktivet – gir den enkelte tjenesteyter en ”horisontal tilgang” som omfatter alle sider ved ervervslivet i EU og EØS. Dette følger av EF-traktaten artikkel 50 som definerer ”tjeneste” som aktiviteter av industriell, kommersiell, håndverksmessig og profesjonell karakter (selvstendige næringsdrivende slik som for eksempel revisor, advokat, tannlege, arkitekt, ingeniør, reklamekonsulent etc.). Dette fremkommer også klart i den definisjon som 2006 tjenstedirektivet gir i artikkel 4: Mens ”tjenesteydelse” er ”enhver selvstendig erhvervsvirksomhet, der normalt utføres mod betaling” (paragraf 1), defineres ”tjenesteyder” som ”enhver fysisk person, der er statsborger i en medlemsstat, og som udbyder eller udfører en tjenesteydelse, eller enhver juridisk person... der er etableret i en medlemsstat, og som udbyder eller udfører en tjenesteydelse”. Dette må ses i sammenheng med ”tjenestemottager” som omfatter ”enhver fysisk person, der er statsborger i en medlemsstat, eller som nyder rettigheder, der er ham tillagt ved fællesskabsretsakter, eller enhver juridisk person ... der er etableret i en medlemsstat, og som i erhvervsøjemed eller andet øjemed anvender eller ønsker at anvende en tjenesteydelse”. Altså – en hvilken som helst fysisk eller juridisk person i EU har rett til å yte en hvilken som helst fysisk eller juridisk person tjenester.

Av dette ser vi at ”tjenesteyting” omfatter tjenester som ytes, enten dette skjer direkte til forbruker eller tjenester som ytes til landbruket og industrien (for eksempel montering, reparasjon, renhold, vedlikehold, transport etc.). Tjenesteyting er tungt inne i jordbruk, oljeutvinning, trevareindustri, skipsbygging, teknisk og elektronisk industri etc. Det er således klart at direktivet omfatter mer enn direkteytelser til private forbrukere.

Slik som reglene er formulert er det opp til kjøper og selger å velge å avklare sitt mellomværende som ansettelsesforhold eller som kjøp av tjenester. Ingen medlemsstat i EU kan legge seg bort i om en arbeidskjøper ordner dette ved ansettelse eller ved kjøp av ytelser fra en selvstendig oppdragsmottaker.

Dette forhold kan få konsekvenser for norsk regelverk som for eksempel verner arbeidstakere mot å bli sittende i midlertidige arbeidskontrakter hvis arbeidet de gjør fyller permanente oppgaver. Mange arbeidsrettslige problemstillinger kan unn(om-)gås ved i stedet å kjøpe tjenester.

⁴⁰ Roar Eilertsen & Stein Stugu: EUs tjenstedirektiv. Hva blir prisen – Hvem betaler (De Facto august 2006) s. 10.

2. Begrepsavklaring (2) Etableringsfriheten

“What Cassis de Dijon did for the free movement of goods, Centros will do for the free establishment of companies”

Erik Werlauf⁴¹

Tjenestedirektivet regulerer ikke kun fri flyt av tjenester, men også etableringsfriheten, jf. Artikkel 1(1). Traktaten angir ikke selv hva som menes med ”etablering”. Innholdet i regelen er utmeislet i rettspraksis, og bl.a. tjenestedirektivet.

“Når det gjelder skillet mellom anvendelsen av henholdsvis etableringsadgangen og fri bevegelse av tjenester, er det viktigste elementet i henhold til Domstolens rettspraksis spørsmålet om hvorvidt aktøren er etablert i den medlemsstaten der vedkommende yter den aktuelle tjenesten. Dersom yteren er etablert i den medlemsstaten der tjenesten ytes, faller denne inn under virkeområdet for anvendelse av etableringsadgangen. Dersom yteren derimot ikke er etablert i den medlemsstaten der tjenesten ytes, omfattes yterens virksomhet av den frie bevegelsen av tjenester. Domstolen har konsekvent hevdet at den midlertidige arten av vedkommende virksomheter må fastsettes i lys av ikke bare varigheten av tjenesteytingen, men også av dens regularitet, periodiske art eller kontinuitet. I alle tilfeller betyr det faktum at virksomheten er av midlertidig art, ikke at yteren ikke kan utstyre seg med en form for infrastruktur i vertsstaten, som for eksempel et kontor, lokaler eller konsultasjonsrom, i den grad slik infrastruktur er nødvendig for å kunne yte den aktuelle tjenesten.”⁴²

Dette siste alternativ behandles i neste punkt (se pkt. 3) Iht. tjenestedirektivet artikkel 4 paragraf 5 er etablering betegnelse på ”den faktiske utøvelsen av en økonomisk virksomhet, slik det er vist til i traktatens artikkel 43, av yteren i en ikke-fastsatt periode og ved bruk av en stabil infrastruktur der virksomheten med å yte tjenester faktisk utføres”. Etableringsstat (paragraf 4) er ” den medlemsstat på hvis territorium ytere av den aktuelle tjenesten er etablert”. Det er avklart at begrepet skal avgrenses slik det gjøres iht. domstolspraksis:

“Det sted der en tjenesteyter er etablert, bør fastsettes i samsvar med Domstolens rettspraksis der begrepet ‘etablering’ innebærer faktisk utøvelse av en økonomisk virksomhet ved et fast etableringssted for en ikke nærmere fastsatt periode. Dette kravet kan også oppfylles der et selskap blir konstituert for en gitt periode eller der det leier bygningen eller installasjonen der det utøver sin virksomhet. Det kan også oppfylles der en medlemsstat bare gir fullmakter med begrenset varighet i forbindelse med særlige tjenester. En etablering behøver ikke å ha form av et datterforetak, en filial eller et agentur, men kan bestå av et kontor som ledes av yterens eget personale eller av en person som er uavhengig, men har fullmakt til å opptre på permanent grunnlag for foretaket, slik tilfellet er med et agentur. I samsvar med denne definisjonen, som krever at det faktisk utøves en økonomisk virksomhet på etableringsstedet til yteren, utgjør bare en postkasse ingen etablering. I tilfeller der en tjenesteyter har flere etableringssteder, er det viktig å avgjøre fra hvilket etableringssted tjenesteytingen faktisk skjer. I tilfeller der det er vanskelig å avgjøre fra hvilket av flere etableringssteder en gitt tjenesteyting skjer, er dette det sted der yteren har sitt senter for sine virksomheter knyttet til denne aktuelle tjenesten.”⁴³

⁴¹ Erik Werlauff, Using a Foreign Company for Domestic Activities, online-artikkel på siden <http://www.rws-verlag.de/volltext/centros4.htm#Übersicht#Übersicht>

⁴² T2006 betraktning 77.

⁴³ T2006 betraktning 37.

Etter sammenstillingen med teksten i artikkel 4 paragraf 5 ser vi at dette er stedet der aktiviteten faktisk foregår over et lengre ikke tidsavgrenset periode, hvis stedet har en stabil infrastruktur som danner basis for tjenesteytelsens faktiske utførelse. Mens faktisk utførelse også foregår i vertslandet vil tidsubestemthet være det kriterium som avgrense mellom etablerings- og vertsland. Oppdrag som skjer i land der det kun leveres tidsavgrensede ytelser foretas i vertslandet. Stabil infrastruktur vil derimot ikke alltid avgjøre fordi anleggs- og bygningsmessige forhold kan meget vel også være tilstede i vertslandet.

Her hvor det spørres etter direktivets anvendelsesområde må utgangspunktet være at forhold beskrevet i EF-traktaten artikkel 43 utløser etableringsfriheten, dvs. at det ikke skal være noen restriksjoner på friheten til å etablere seg. Forbudet mot begrensninger i etableringsadgangen gjelder både mht. hovedkontorer, filialer eller avdelinger. Retten gjelder ikke kun juridiske- men også fysiske personer. Dvs. at selvstendige oppdragsmottakere kan ta opp og gjennomføre aktivitet i vertslandet. Eller sagt annerledes; etableringsretten omfatter også eneforetak uten formell tilknytning til noe bestemt selskap, firma eller organ.

Hvorvidt den økonomiske aktivitet foregår i etableringslandet er uten betydning. Artikkel 43 kommer til anvendelse for alle selskaper som er etablert i en av medlemsstatene, selv om virksomheten fullt og helt er rettet mot aktører i ikke-medlemssland.⁴⁴ Dette betyr for eksempel at Norge ikke kan hindre etablering av et EU selskap her i landet selv om all aktivitet i selskapet foregår i tredjeland utenfor EU. Dette kan være praktisk der norske virksomheter eller produkter for eksempel flyter høyt på et godt internasjonalt renommé, som EU-selskap altså ønsker å tilegne seg uten fysisk å flytte innenfor landets grenser. Et viktig spørsmål da er om dette øker norske muligheter for å lovregulere og håndheve overfor selskapet og dets virksomhet.

En annen praktisk situasjon er at norske statsborgere etablerer seg i et EU-land med for eksempel forenklede rutiner for registrering, lavere gebyrer, lavere krav til aksjekapital etc. for så i neste omgang å opprette en filial i Norge. Også denne situasjon er omfattet av artikkel 43. Om rettsvirkningene av dette for filialstaten, se nedenfor.

Ofte kan det synes som om formålet med utenlandsregulering er å omgå hjemlandets stivbente etableringsvilkår. Et eksempel finner vi i Danmark der danske statsborgere registrerte sitt firma i Storbritannia og deretter søkte om å få registrert en filial i Danmark, der den økonomiske aktiviteten fant sted. Det særegne i dette tilfelle var at ingen økonomisk aktivitet fant sted i Storbritannia, der hovedkontoret var registrert, jf. den s.k. *Centros-saken*.⁴⁵ De innrømmet at eneste grunn til registrering av hovedkontor i Storbritannia var at det var enklere å reise ca DKK 1.000 (som det kostet å registre i Storbritannia) enn de DKK 200.000 som det kostet i Danmark.

Danske myndigheter nektet registrering under henvisning til at det ikke var noe "genuine link" mellom de danske eierne og morselskapet i Storbritannia, dvs. at avdelingen i Danmark ikke var filial og at EU-retten ikke vernet slike klare forsøk på å omgå dansk rett. Mens dette standpunkt ble støttet i Østre Landsret, ble det etableringsrettslige stridsspørsmål i anken som ble tatt under behandling i Danmarks høyesterett, henvist til "preliminary ruling" (EF-traktaten artikkel 234) hos EF-domstolen. På spørsmål om en slik "tom" registrering kunne regnes som lovlig etablering av hovedkontor og – som iht. artikkel 43 derved utløste rett til filialer i andre land, herunder Danmark – ble av domstolen besvart slik:

"EF-traktatens artikkel 52 og 58 er til hinder for, at en medlemsstat nægter registrering af en filial af et selskab, som er stiftet i henhold til lovgivningen i en anden medlemsstat, hvor det har sit hjemsted, men ikke driver erhvervsmæssig virksomhed, når filialen ønskes

⁴⁴ Se "air-services"-sakene mot Storbritannia, Danmark, Sverige, Finland, Belgia, Luxembourg, Østerrike og Tyskland i C-466-69, 471-72, 475-76/98, se sak 471/98 paragraf 133.

⁴⁵ ECJ Dom af 9. marts 1999. - Centros Ltd mod Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, C-212/97.

oprettet, for at selskabet kan drive hele sin virksomhed i den stat, hvor filialen oprettes, således at det undgås at stifte et selskab i den sidstnævnte stat og derigennem, at de i denne stat gældende regler om stiftelse af selskaber, som er strengere med hensyn til indbetaling af en mindste selskabskapital, finder anvendelse. Denne fortolkning udelukker dog ikke, at den pågældende medlemsstats myndigheder kan træffe enhver foranstaltning, som er egnet til at hindre svigagtige forhold eller som består i, at der kan pålægges sanktioner i anledning af sådanne forhold, enten over for selskabet selv, i givet fald i samarbejde med den medlemsstat, hvori selskabet er stiftet, eller over for selskabsdeltagerne i tilfælde, hvor det godtgøres, at de gennem stiftelse af et selskab reelt søger at unddrage sig deres forpligtelser over for private eller offentlige kreditorer på den pågældende medlemsstats område.⁴⁶

Enhver person bosatt i EU eller EØS kan således fritt registrere sitt firma i et hvilket som helst land i området, for deretter å operere firmaet i et hvilket som helst annet land i dette område. Denne utenlandsoperasjon betegnes som tjenesteyting. Det spiller ingen rolle om firmaet utfører virksomhet på register- eller etableringsstedet.

3. Begrepsavklaring (3) Tjenesteyting

Tjenesteyting må avgrenses mot fri flyt av personer, varer og kapital jf. EF-traktaten artikkel 50. Rettsforhold som tilhører EF-traktaten artikkel 23-27 (varer) kan ikke samtidig rubriseres som fri flyt av arbeidstakere (artikkel 39) eller kapital (artikkel 56). Forhold som faller innenfor rekkevidden av regler om frihet til tjenesteyting (artikkel 49) kan ikke rubriseres som noen av de andre friheter. Dvs. at noe som er "arbeid" kan ikke samtidig være "tjeneste". Det er klart at tjenstedirektivet gjelder for virksomhet som defineres som tjenester, ikke for "arbeid". Det er klart at

"dette direktiv heller ikke [påvirker] retten til medlemsstatene der tjeneste ytes til å fastsette hvorvidt det dreier seg om ansettelsesforhold og skillet mellom selvstendig næringsdrivende og ansatte, inkludert "falske selvstendig næringsdrivende". I denne sammenheng er det viktigste kjennetegnet på et ansettelsesforhold i betydningen til traktatens artikkel 39 at en person i en viss periode yter tjenester for og under ledelse av en annen person som den førstnevnte mottar godtgjøring for. Enhver virksomhet som en person utfører utenfor et forhold der denne er underordnet en annen person, må klassifiseres som en virksomhet som selvstendig næringsdrivende i henhold til traktatens artikkel 43 og 49".⁴⁷

Selv om medlemsstaten kan avgjøre om noe anses som arbeidstakerforhold eller selvstendig ervervsdrift (som omfatter et spekter av alle mulige tjenesteytelser) kan avgrensningen likevel ikke skje fritt, men må forholde seg til EF-domstolens praksis, jf. her særlig *Rush-Portuguesa-saken*,⁴⁸ der det konstateres at EU-tjenesteytere ved kortvarige oppdrag, kan ta levere ytelser i annet land med bibehold av hjemlandets tariff:

"Articles 59 and 60 of the EEC Treaty and Articles 215 and 216 of the Act of Accession of the Kingdom of Spain and the Portuguese Republic must be interpreted as meaning that an undertaking established in Portugal providing services in the construction and public works sector in another Member State may move with its own labour force which it brings from Portugal for the duration of the works in question. In such a case, the authorities of

⁴⁶ Se *Centros Ltd mod Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, C-212/97, slutningen.

⁴⁷ T2006 betraktning 87.

⁴⁸ *Rush Portuguesa Lda v Office national d'immigration*. Sak C-113/89 ECR [1990] I-1417, se paragraf 19.

the Member State in whose territory the works are to be carried out may not impose on the supplier of services conditions relating to the recruitment of manpower in situ or the obtaining of work permits for the Portuguese work-force”.

Dvs. at en tjenesteyter beholder sine lønns- og arbeidsbetingelser fra hjemlandet, og at vertsstaten ikke kan påtvinge tjenesteyter noen vilkår for rekruttering av arbeidere på arbeidsstedet eller kreve at de tjenesteytende arbeidere skulle ha arbeidstillatelser. Denne rettstilstand er ikke forandret siden 2004 direktivet.

I 2004-utkastet avsnittet ”nødvendighet og formål” sies det at ”[t]jenesteydelser er allestedsnærværende i den moderne økonomi”. Disse tegner seg ”for 53,6% af bruttonationalproduktet og 67,2% af beskæftigelsen, og de rummer et stort vækst- og jobskabelsespotentiale.”⁴⁹ EUs egen eksemplifisering viser at begrepet tolkes svært vidt: ”Disse hindringer berører en lang række tjenesteydelser som f.eks. distribution, arbeidsformidling, certificering, laboratorier, byggevirkksomhet, ejendomsmæglere, håndværk og turisme”.⁵⁰ Dette er ikke endret i 2006-direktivet:

”De tjenester som omfattes av dette direktiv, vedrører en lang rekke virksomheter som er i stadig forandring, inkludert forretningstjenester som ledelsesrådgivningstjenester, sertifisering og testing; utstyrshåndtering, herunder kontorvedlikehold; annonsering; rekrutteringstjenester og tjenestene til handelsagenter. De tjenestene som omfattes, er også tjenester som ytes både til næringsliv og til forbrukere, som for eksempel juridisk eller økonomisk rådgivning; tjenester vedrørende fast eiendom som eiendomsmekling; anlegg, inkludert tjenestene til arkitekter; distribusjonsvirksomhet; organisering av handelsmesser; bilutleie; reisebyråer. Forbrukertjenester omfattes også, som for eksempel innen turisme, inkludert turguider; fritidstjenester, sportssentre og fornøylesparker, og i den utstrekning de ikke er ekskludert fra anvendelsesområdet til dette direktiv, husholdningsstøttetjenester, som for eksempel hjelp for eldre. Disse virksomhetene kan involvere tjenester som krever at tjenesteyter og tjenestemottaker er til stede samtidig, tjenester som krever at tjenestemottakeren eller yteren reiser og tjenester som kan ytes på avstand, inkludert via Internettet.”⁵¹

Mer generelt kan feltet for tjenesteytelsene beskrives som følger (direktivets betraktning 108): ”Tjenesteyting på tvers av grenser omfatter saker der tjenester ytes på avstand og der tjenestemottakeren reiser til yterens etableringsstat for å motta tjenester”⁵²

Det er altså snakk om både at tjenesteyter reiser ut for å yte tjenester og at kunden reiser til tjenesteyters forretningssted for der å motta tjenesten. Av dette ser vi at tjenesteytelser er både rettet mot privat forbruk og til bruk i primær- og sekundærnærings.

D. Lovgivningsteknikk og tolkningsmetoder

Det er EF-domstolen som har enekompetanse til å tolke EU-retten. Som vektlagt av EU-kommisjonen har det skjedd vesentlige endringer i rettsutviklingen mht. EF-traktaten artikkel 49 som et resultat av domstolsskapt rett: ”After establishing that the legal situation had evolved significantly in certain respects, the Commission decided to concentrate its complaints on the conformity with Article 49 EC”.⁵³ Det er klart at Norges domstoler ikke er bundet av denne *domstolskapte* rettsutvikling med unntak av tilfelle som omtales i EØS

⁴⁹ T2004 s. 78. Ifølge T2006 betraktning 4 utgjør tjenester 70 prosent av BNP i flertallet av EU-landene.

⁵⁰ T2004 betraktning 108.

⁵¹ T2006 betraktning 33.

⁵² T2006 betraktning 108.

⁵³ Se sak C-244/04, dom av 19 January 2006, EU commission v. Federal Republic of Germany, pkt. 9.

artikkel 111 nr. 3, dvs. hvis Norge hadde valgt å la seg binde av EF-domstolen i en fortolkning som gjelder EØS. Men her har Norge klart tilkjennegitt at norske domstoler ikke skal kunne benytte seg av ordningen.⁵⁴ Vi ser følgelig at EØS-avtalen er statisk. Det er kun rettsutviklingen frem til EØS-avtalen ble vedtatt 2 mai 1992 som Norge er bundet av.⁵⁵

Når det gjelder EFTA-domstolen finnes det et dynamisk element i EØS-avtalen artikkel 106. Her er EF-domstolens avgjørelser intet prejudikat for EFTA-domstolen, men kun en illustrasjon; "Med henblikk på å sikre en mest mulig lik fortolkning av denne avtale, og med full respekt for domstolenes uavhengighet, skal EØS-komiteen opprette en ordning for utveksling av opplysninger om dommer avsagt av EFTA-domstolen, De europeiske fellesskaps domstol...". Dvs. at EFTA-domstolen må forholde seg til rettsutviklingen i EF-domstolen, men er ikke bundet av denne. Langt på vei vil en måtte følge en egen linje som godt kan være forskjellig fra EF-domstolen pga. det forskjellige rettskildet bildet i EU og i EØS.⁵⁶

Ved fortolkningen av tjensteddirektivet må systematisk oppbygning og metodisk perspektiv ikke tapes av syne. En presis avgrensning av EU rettens rekkevidde – herunder tjensteddirektivet – er viktig fordi det følger av EU-rettspraksis at bestemmelsene omfatter alt som med rimelighet faller innenfor tekstene rettsriktig fortolket. Den som ønsker unntak må uttrykke seg klart. Dette får følger for tjensteddirektivet, som ikke sier positivt hva slags tjensteyting som er omfattet. I stedet har en valgt å fremstille unntakene.

Av dette kan det utledes at tjensteddirektivet omfatter all tjensteyting uansett om den etterspørres av private forbrukere eller i primær- eller sekundærnæring, som ikke eksplisitt er unntatt. Hva som er unntatt konkret, nevnes det noen eksempler på nedenfor i kap.2 B4, og jeg viser til dette.

Mht. tolkningen av de enkelte bestemmelser er forarbeider av underordnet betydning.⁵⁷ Den medlemsstat som ønsker unntak eller begrensninger i rekkevidde må uttrykke seg klart. Hvis ikke vil hovedregelen utstrekkes så langt det er saklig grunnlag for det. Populært sagt; hovedregel tolkes utvidende og unntak tolkes innskrenkende.

Et annet iøynefallende trekk under EU rettens metode er at EF-fedrenes intensjoner med lovtekstene er fraværende i tolkningsteori og praksis,⁵⁸ og at viktigste tolkningsprinsipp for EF-domstolen er bruken av retten til å fremme integrasjonen av medlemsstatene; "pursuit of integration through law."⁵⁹ Dette betyr at EU-retten langt på vei er en domstolsskapt rett, og at prejudikat – de rettslige bindende avgjørelser er den viktigste ledetråd, ikke selve tekstene. Som den britiske rettsviter Jo Shaw sier det: "The element of *stare decisis* in EC law has now become so strong that when the Court occasionally changes its mind it makes it clear that it is doing so."⁶⁰

Sett i et slikt perspektiv er det av mindre betydning at ett og annet ord og uttrykk er endret. Det eneste som monner er eksplisitte utsagn som klart begrenser EUs kompetanse. Men her skal en huske at det er stor forskjell på utsagn som skrives inn i traktattekster og slike som fremforhandles innen rammen av forordninger og direktiver. Sistnevnte kan endres ved kvalifisert flertall internt i EU, i noen tilfelle ved kommisjonsvedtak alene. Det skjer hyppig og gis ikke ofte stor oppmerksomhet i pressen. Førstnevnte krever enstemmighet, og avgjørelsen hører hjemme ikke i EU men i alle medlemsland. Dette krever – og får – adskillig større oppmerksomhet.

⁵⁴ Norge avviser bruken av Protokoll 34 og EF-domstolens «henvisningstolkning» iht EC traktaten art. 234. Se St.prp.nr. 100 (1991–92) avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) s. 331.

⁵⁵ Peter Ørebech, EØS-avtalen artikkel 125, med særlig vekt på diskusjonen i NOU 2004:26 Hjemfall, Lov og Rett (2006) s.26 se s. 34.

⁵⁶ Mer om dette i Peter Ørebech, EØS-avtalen artikkel 125, med særlig vekt på diskusjonen i NOU 2004:26 Hjemfall, Lov og Rett (2006) s.33–40.

⁵⁷ Se Claus Gulmann og Karsten Hagel-Sørensen, EF-ret (København 1988) s. 128 og Laurids Mikaelson, EF domstolen og Danmark (København 1984) s. 28–29.

⁵⁸ Slik Robin R.Churchill, EEC Fisheries Law (Nijhoff Publishers Dordrecht/Boston/Lancaster 1987) s. 89.

⁵⁹ Jo Shaw, Law of European Union (Palgrave 2000) s. 27.

⁶⁰ Jo Shaw, Law of European Union (Palgrave 2000) s. 249.

For tjenstedirektivets del kan en derfor si at hva EU ikke fikk til i denne omgang, kan en få orden på ved en senere korsvei. Det er de små stegs politikk i en gate med enveiskjøring. Mindre nasjonale skranker, mer liberalistiske løsninger og til slutt bortfall av nasjonale ordninger. Integrering og harmonisering er EF-domstolens ansvar. Når domstolen har gjort jobben kommer Kommisjonen inn med lovutkast som kodifiserer EF-domstolens praksis.

EU-retten den 2. mai 1992 (undertegning av EØS-avtalen) er noe ganske annet enn EU-retten anno 2007, som følge utvilkingen i retten pga. EF-domstolens avgjørelser. Den største forskjellen mellom å vedta og avvise tjenstedirektivet ligger i at man i det første tilfellet inkorporerer i norsk rett den rettsutvikling som har funnet sted i EU. Avvises tjenstedirektivet gjelder EF-traktaten artikkel 49 (tjenesteytelser) slik den var tolket av EF-domstolen pr. 2 mai 1992 kun begrenset av de EFTA-domstolsavgjørelser som underkjenner norsk lovverk på tjenstesektoren. Eller sagt mer direkte: Skrankene for hva Norge kan gjøre på området for tjensteytingen endres vesentlig dersom vi også må forholde oss til tjenstedirektivet.

Kapittel 2 – Tjenestedirektivet 2006 kontra 2004, noen forskjeller

Oppgaven her er å undersøke om det er gjort substansielle endringer som har forandret tjenestedirektivet. Jeg har ikke til hensikt å si hvorvidt endringene er gode eller dårlige. Dette får det bli opptil politikere å uttale seg om.

Jeg skal her undersøke forhold som LO har lagt avgjørende vekt på, dvs. om endringer i "opprinnelseslandsprinsippet", innføring av "generelle unntak for arbeidsrettslige regler og grunnleggende rettigheter, herunder retten til arbeidskamp", at "utstasjoneringsdirektivet går foran tjenestedirektivet", at "helsetjenester (både offentlige og private) samt vikarbyråer og vaktelskaper [er] unntatt fra direktivets anvendelsesområde og at [v]esentlige begrensninger i importlandets kontrolladgang ble også fjernet".⁶¹

Fremstillingen er ordnet som følger: Først skal det undersøkes hvem som har beslutningsmyndigheten i hhv. 2004 og 2006 regelverket (pkt. A). Dernest (pkt. B) undersøkes om 2006 versjonen har begrensninger materielt sett som ikke finnes i 2004, dvs. om de ovennevnte momenter vektlagt i LO er tilfredsstillt.

Her spørres det etter virkningen av at direktivet kommer til anvendelse. Poenget med fremstillingen i fortsettelsen er å undersøke hvilke forskjeller som følger av 2006-direktivet etter at en gikk bort i fra opprinnelsesprinsippet i 2004-utkastet.

Man kan her skille mellom to tilfelle: for det første om en registrering av firma i en stat har *preemptiv* myndighet, dvs. eksklusiv og uttømmende slik at vertsstatene er forhindret fra å gi tilleggskrav utover krav fra etableringsstaten. For det annet; hvis svaret er ja i det første tilfellet, dersom selskap er registrert og driver lovlig i en slik annen stat kan en annen medlemsstat oppstille krav utover dem som etableringsstaten har oppstilt, som vilkår for at selskapet skal kunne etablere seg på sistnevnes territorium?

A. Hvem bestemmer?

Tjenestedirektivet opererer grovt sagt med tre grupper av aktører: EU, medlemsstatene og faglige organisasjoner og sammenslutninger. De siste har en funksjon i og med at de skal spille inn til vedtakelsen av s.k. "adfærdskodekser" (artikkel 37(1)). Et moment som diskusjonen bare indirekte har touchet inn på er beslutningsmyndigheten. Mens de sistnevnte ikke er spesifisert, er det ofte presisert hvilke organer under EU som har kompetanse. I så tilfelle nevnes dette eksplisitt. Fremstillingen er ordnet som følger: Hvem vedtar regler om og iht. tjenestedirektivet (pkt. 1)? Hvem håndhever reglene (pkt. 2)? Tvisteløsning er intet tema her fordi kun EF-domstolen har tolkningskompetansen. At rettsanvendelseskompetansen er delt mellom EU og medlemsstatenes domstoler er klart nok, og denne fordeling berøres ikke av tjenestedirektivet. Når jeg likevel kommenterer tvisteløsningen er det fordi enkelte vedtak under direktivet unntar en del avgjørelser i EU og medlemsstatene fra domstolsprøving (pkt. 3).

1. Lovgivningen

Utgangspunktet er at dette direktiv – som andre direktiv – behandles på vanlig måte i EUs organer. Jeg bruker ikke tid til å beskrive denne ordningen, men viser til EF traktaten artikkel 350 og 351. Det som omtales her er de personelle ordninger som tjenestedirektivet oppstiller, og om disse ordninger har endret seg fra 2004 til 2006 versjonen. Vi kan her fokusere på så vel rettighets- som pliktsubjektet. Dvs. hvem som kan regulere og hvem som må finne seg i å bli regulert.

Hovedregel er at EU har reguleringskompetansen, men at medlemsstatene i noen tilfelle

⁶¹ Innstilling til sekretariatsmøtet fra ledelsen i LO som referert i Nationen 18. november 2006.

delegeres lovgivningskompetanse. Målet er å sikre ” Denne samordningen av nasjonale rettsordninger bør sikre en høy grad av juridisk integrering innen Fellesskapet”,⁶² noe som skal skje ved ”at det på fellesskapsplan utarbeides atferdsregler, særlig av bransjeorganer, -organisasjoner og -sammenslutninger,” (artikkel 37). Fellesløsninger krever minst mulig av nasjonale særordninger. Medlemsstatenes lovgivningsmyndighet er beskrevet på denne måten i artikkel 1 (3) i.f.

”Dette direktiv påvirker ikke medlemsstatenes frihet til å definere, i overensstemmelse med fellesskapsretten, hva de anser for å være tjenester av allmenn økonomisk interesse, hvordan disse tjenestene bør organiseres og finansieres, i overensstemmelse med reglene for statsstøtte, og hvilke særlige plikter disse skal være underlagt”.

Hva som kan godtas som i pakt med EU-retten skal jeg se på i fortsettelsen, særlig med henblikk på hva dette betyr for en del sentrale lovgivningspolitiske spørsmål, som registrerings- og reguleringskompetanse og privatisering eller liberalisering av tjenesteytelser: Etter en gjennomgang av personelle problemer her i kapittel A, kommer jeg til de materielle sider i kapittel B.

• Hvem har kompetansen (1)? Vertslandet – registrering av tjenesteyter

a) Kan Norge kreve at utenlandsk tjenesteyter har kontorsted i Norge? Tjenstedirektivet er – som det ligger i navnet – en regulering som retter seg til medlemsstatene (direktivet artikkel 46).⁶³ Dvs. at det krever nasjonal transformering og implementering. Det er derved klart at lovgivningskompetansen er delt mellom EU og medlemsstatene. Medlemsstatene har derfor lovgivningskompetanse, som imidlertid må ligge innen rammen av direktivet og annen EU-rett, som er *lex superior*. Det er her således slik at EUs kompetanse verken er uttømmende eller ekskluderende (preemptiv).

Hvis tilfellet faller innenfor etableringsfriheten i EF-traktaten artikkel 43, kan Norge da nekte registrering, eller stille andre krav til en fremmed tjenesteyter? Kan Norge kreve at selskap som er etablert i andre stater har forretningssted også i Norge?

Tar en det siste først, ser en at 2006-tjenstedirektivet artikkel 16 paragraf 2 bestemmer at ingen stat kan pålegge tjenesteyter ” En plikt om at en tjenesteyter skal være etablert på medlemsstatens territorium”. Det er således klart at Norge iht. tjenstedirektivet ikke kan kreve at utlendinger som yter tjenester her også etablerer seg fysisk med kontor i Norge. Hvis et firma først er lovlig registrert i for eksempel Latvia kan dette firma drive tjenesteytelse i Norge selv om firmaet er uten fast kontorsted her. Det er altså tilstrekkelig med ett og kun ett gyldig forretningssted i EU.

b) Spørsmålet da er om noe land kan kreve at registreringen av forretningssted skal skje her og ikke i et annet av EUs medlemsstater? I havretts teorien er oppfatningen at det kreves en ”genuine link” mellom stedet for et rederis virksomhet og forretnings- og registreringssted,⁶⁴ dvs. at en stat som får en registreringsanmodning skal avslå denne dersom søker ikke står i et ”ekte” forhold til registerlandet.⁶⁵ Iht. EU-dom i en rederietableringssak av 2002 kan det ikke oppstilles noe slikt krav.⁶⁶ Det ble her konstatert at Nederland brøt kravet

⁶² T2006 betraktning 7.

⁶³ At direktiv også, avhengig av sitt innhold, kan gi rettigheter direkte til private, er ikke tema her, se imidlertid den epokegjørende dom om ”direct applicability” se Van Duyn-saken 41/74 ECR [1974] s. 1337.

⁶⁴ Se dommer i hhv. Nottebohm-saken 1955 ICJ Rep. 4 og Saiga-saken, ITLOS Sak # 2 § 83(1999).

⁶⁵ Se for eksempel Herman Meyers, *The Nationality of Ships* (1967) and Nikolas S. Skourtos, *Billig-Flaggen-Praxis und Staatliche Verleihungsfreiheit* (1990). I motsatt retning, se K.X. Li & J. Wonham, *New Developments in Ship Registration*, 14 Int'l J. Mar. & Coastal L. (1999) s. 137 se s. 141.

⁶⁶ Se *Commission v. Netherlands*, Sak C-299/02 (ECJ 14th October 2004).

om fri adgang til etablering iht. EF-traktaten artikkel 43 og at det ikke kunne skje med den begrunnelse at Nederland var forpliktet av et slikt krav iht. havrettskonvensjonen artikkel 91(1) og 94(1). Det hjelp heller ikke Nederland at hollandske statsborgere og andre EU-borgere var likestilte i den hollandske lovgivningen.

Et tilsvarende resultat kom EF-domstolen til i den s.k. *Centros-saken*.⁶⁷ For det første var det ikke rettsstridig av Storbritannia å registrere et danskeid firma der selv om de ikke drev noen form for økonomisk aktivitet i dette landet. For det annet kunne Danmark ikke nekte registrering av filial i Danmark med den begrunnelse at filialen var det egentlige hovedkontor og at firmaet derfor skulle ha vært registrert her, i stedet for i Storbritannia.

Vi ser således av rettstilstanden iht. traktatgrunnlagt at en stat som får en registeranmodning ikke kan avvise registrering som følge av at en måtte mene at dette firma ikke gjør tilstrekkelig med forretninger i eller har tilstrekkelig med tilknytningspunkter til registerlandet. Det er opp til den enkelte næringsdrivende å registrere sitt selskap der en vil. De andre medlemsstater må ta de privates registervalg som et akseptert faktum.

c) Et tredje spørsmål gjelder om vertslandet kan krevet egne sertifiseringer, registreringer, tillatelser, konsesjoner eller andre skranker som begrenser muligheten for utenlandske firma som tilbyr tjenester utenlands. Dette begrenses sterkt gjennom regler i tjenstedirektivet i og med innføringen av "Kvikskrankeordningen" (en sentral for elektroniske tjenester). Denne avskjærer medlemsland fra å stille "generelle formelle krav, så som fremlegging av originaldokumenter, bekreftede kopier eller en bekreftet oversettelse, ikke pålegges, unntatt der det er objektivt begrunnet i allmenne hensyn, så som vern av arbeidstakere, folkehelsen, miljøvern eller forbrukervern."⁶⁸ Kravet om tvingende almene hensyn gjelder for dokumentkravet på samme måte som for lovskravet. Dvs. det er parallelitet her: Kan det stilles krav i nasjonalt regelverk, kan det også kreves fremlagt dokumentasjon som avgjør om om den utenlandske tjenesteyter oppfyller lovskravene. Hva lovskravene nasjonalt kan gå ut på, behandles i neste avsnitt.

• Hvem har kompetansen (2)? Vertslandets "tvingende almene hensyn"?

Tatt registreringsordningen i betraktning, blir spørsmålet om vertslandet kan stille krav til tjenesteytelsen som kommer i tillegg til de krav som allerede gjelder for virksomheten i etableringsstaten. For områder som ikke er harmonisert, er dette et spørsmål om medlemsstaten kan påberope seg "tvingende almene hensyn". Det er klart at begrepet "er blevet udviklet gradvis af Domstolen i dens praksis vedrørende traktatens artikkel 43 og 49 og vil formentlig undergå en yderligere udvikling" (4. april 2006-utkastet betraktning nr. 20a). Dersom tjenstedirektivet vedtas betyr det at Norge anerkjenner at vi kun kan lovregulere iht. de begrensede hensyn som EF-domstolen har utviklet siden 1992, selv om begrepet tidligere dekket flere tilfelle enn det gjør i dag.

Etter en vurdering av 2004-utkastet (pkt. a) kommer jeg til 2006-direktivet og sammenligningen mellom de to lovordninger.

a) Løsningen etter 2004-versjonen var klar på dette punkt. En opererte med det s.k. opprinnelseslandprinsippet – "der indebærer, at tjenesteydere kun er underlagt loven i det land, hvor de er etablert, og at medlemsstatene ikke må indføre restriksjoner for tjenesteydelser, der udføres af tjenesteydere, som er etablert i andre medlemsstater. Prinsippet gælder med forbehold af generelle, midlertidige og individuelle undtagelser".⁶⁹ Dvs. at reguleringskompetansen tilhører etableringsstaten alene og vertsstaten står uten

⁶⁷ ECJ Dom af 9. marts 1999. - Centros Ltd mod Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, C-212/97.

⁶⁸ T2006 betraktning 47.

⁶⁹ Se T2004 s. 3

kompetanse til å gi regler med virkning for disse tjenesteytelser. Nå var dette prinsippet ikke uten unntak. I 2004 versjonen betraktning nr. (42) heter det at

”Oprindelseslandsprinsippet bør fraviges for tjenesteydelser, der er omfattet af et generelt forbud i den medlemsstat, som tjenesteyderen begiver sig til, hvis dette forbud er begrundet i hensynet til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller folkesundheden. Denne undtagelse er begrænset til generelle forbud og gælder ikke nationale ordninger, der ikke fuldstændigt forbyder en form for virksomhed, men forbeholder en eller flere erhvervsdrivende udøvelsen af den eller forbyder udøvelsen af en form for virksomhed uden forhåndstilladelse. Når en medlemsstat således tillader en form for virksomhed, men forbeholder den bestemte erhvervsdrivende, er den ikke omfattet af et generelt forbud og anses derfor ikke for at stride mod den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller folkesundheden. Følgelig er der ingen grund til, at en sådan form for virksomhed ikke skulle være omfattet af direktivets almindelige bestemmelser”.⁷⁰

Ingen av disse offentlige hensyn kan imidlertid fremmes uten at det ”er objektivt begrundet i *tvingende almene hensyn* såsom beskyttelsen af bymiljøet”.⁷¹ Dvs. vertsstaten kan forby utenlandsk tjenesteytelse i sitt territorium dersom det er tvingende nødvendig av hensyn til offentlig orden, sikkerhet, sunnhet etc. For etableringsfriheten, se her EF-traktaten artikkel 46. Dette omtales med et fellesbegrep ofte som ”formål af almen interesse”⁷² eller som ”opfylder et alment hensyn”.⁷³ Det er klart at det skal mye til for at medlemsstatens lovkompetanse utløses,⁷⁴ sml. tjenstedirektivets betegnelse ”tvingende alment hensyn” som domstolen formulerer slik; ”et alment hensyn [som er] ubestridt”.⁷⁵ Det er formulert slik at det skal være et ”dominerende krav som relaterer seg til den almene interesse”.⁷⁶ Iht. de rettsavgjørelser som jeg har gjennomgått skal det svært meget til for at et vertsland kan benytte seg av denne hjemmel.⁷⁷

I tillegg kommer proporsjonalitetsprinsippet.⁷⁸

Forbudet må gjøres generelt og kan ikke være dispensibelt dvs. tillate tjenesteytelser etter søknad og iht. individuelle tillatelser, fordi i så fall kan en ikke si at virksomheten strider mot den offentlige orden. Ei heller var det godtatt at vertsstaten innførte ordninger med forhåndstillatelse. Dette er en skjerpelse i forhold til domstolsskapt rett.

”I det omfang, hvor en medlemsstat kan begrunde sit krav om forudgaaende tilladelse med henvisning til et formaal inden for landsplanlegningen, saasom opretholdelsen i almenhedens interesse af en fast bosiddende befolkning og en økonomisk virksomhed, der er uafhaengig af turisterhvervet i visse regioner, kan den restriktion, som et saadan krav er, kun tillades, hvis den ikke anvendes paa diskriminatorisk maade, og saafremt formaalet

⁷⁰ T2004 s. 37.

⁷¹ T2004 s. 33.

⁷² Se som illustrasjon, dom 25. januar 2007 sag C-370/05, Uwe Kay Festersen, pkt. 26.

⁷³ Op.cit. pkt. 33.

⁷⁴ Utbruddet av fuglevirus på kalkunfarmen i Øst-England (2. februar 2007) resulterte i en EU-regulering av eksport og import av fjørfe, ikke noen reaksjon fra medlemslandene.

⁷⁵ Dom 25. januar 2007 sak C-370/05, Uwe Kay Festersen, pkt. 33.

⁷⁶ Se for eksempel Commission of the European Communities v. Republic of Austria, dom av 21 September 2006, Sak C-168/04 pkt. 37: ”overriding requirement relating to the public interest”.

⁷⁷ Se Commission of the European Communities v. Federal Republic of Germany, dom 19. januar 2006, sak C-244/04, pkt. 31. Se også Commission of the European Communities v. Grand Duchy of Luxembourg, 21. oktober 2004 sak C-445/03.

⁷⁸ Se bl.a. de forenede saker C-369/96 and C-376/96 Arblade and Others [1999] ECR I-8453, pkt. 34 and 35; sak C-164/99 Portuguesa Construções [2002] ECR I-787, pkt. 19; sak C-279/00 Commission v Italy, pkt. 33; Sak C-445/03 Commission v Luxembourg [2004] ECR I-10191, pkt. 21 og Commission v Germany, dom 19. januar 2006, sak C-244/04 pkt. 31.

ikke kan opnaas ved mindre indgribende foranstaltninger”.⁷⁹

For den enkelte medlemslands kompetanse blir det da helt avgjørende hvordan EU definerer ”tvingende almene hensyn”. Om begrepet heter det:

”Begrepet ‘allmenne hensyn’ som det vises til i enkelte bestemmelser i dette direktiv, er utviklet gradvis av Domstolen i sin rettspraksis i tilknytning til traktatens artikkel 43 og 49 og kan fortsatt utvikle seg. Begrepet slik det er anerkjent i Domstolens rettspraksis, omfatter minst følgende grunner: Offentlig orden, offentlig sikkerhet og folkehelsen i den betydning som er gitt i traktatens artikkel 46 og 55, opprettholdelse av orden i samfunnet, målsettinger for sosialpolitikk, vern av tjenestemottakere, forbrukervern, vern av arbeidstakere, inkludert sosial trygghet for arbeidstakere, dyrevelferd, bevaring av den finansielle balansen i trygdesystemet, forhindring av bedrageri, forhindring av illojal konkurranse, vern av natur- og bymiljøet, herunder by- og regionplanlegging, vern av kreditorer, sikring av god rettsadministrasjon, trafiksikkerhet, vern av intellektuell eiendom, målsettinger for kulturpolitikk, herunder sikring av ytringsfriheten til ulike elementer, særlig sosiale, kulturelle, religiøse og filosofiske samfunnsverdier, behovet for å sikre et høyt utdanningsnivå, opprettholdelse av pressens mangfold og fremme av nasjonalspråket, bevaring av den nasjonale historiske og kunstneriske arven, samt veterinærpolitikk”.⁸⁰

Dvs. at tjensteddirektivet ikke legger noe mer inn i medlemsstatskompetansen iht. dette begrep enn det som følger av EF-domstolens rettspraksis. Da det er klart at det skal svært mye til for at EU vil godta at en medlemstat kommer over terskelen, er det viktig å fastslå hva som kreves her. Det må først presiseres at ”[s]like allmenne hensyn kan begrunne anvendelsen av godkjenningsordninger og andre begrensninger. Ingen slike godkjenningsordninger eller begrensninger skal imidlertid innebære forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet. Videre må prinsippene om nødvendighet og forholdsmessighet alltid respekteres”.⁸¹

Trolig vil nødvendighetsterskelen by på den største utfordringen. En grunnleggende vurdering gjelder om ikke etterfølgende kontroll kan erstatte konsesjonsordninger (se betraktning 27 (2004): ”Det betyder bl.a., at der kun kan stilles krav om tilladelse, hvis en efterfølgende kontrol ville være ineffektiv” som i 2006 selv om en liten omformulering er brukt, målbærer det samme krav: ”Der kan således navnlig kun stilles krav om tilladelse, hvis en efterfølgende kontrol ville være uden virkning”.⁸²

Hva medlemsstaten ytterligere kan kreve ble formulert slik i Kommisjonens 4. april 2006-utkast betraktning 31 som en tilføyelse sett i forhold til 2004-versjonen:

”I visse tilfælde kan tvingende almene hensyn imidlertid begrunde, at en tjenesteyder eller en af dennes ansatte eller en repræsentant tvinges til at være til stede under udøvelsen af vedkommendes virksomhed.”

Dvs. at Kommisjonen her antyder at vertsstaten ikke kan oppstille noen regel om at opphold, bopel, etablering, styrets sete, hovedkontor etc. skal lokaliseres til denne stat, med unntak av de tvingende tilfelle der personlig tilstedeværelse er påkrevet.

I den endelige versjonen er imidlertid det siste sitatet forsvunnet ut. Tilstedeværelsesplikt er kun omtalt ett eneste sted, i betraktning 65:

⁷⁹ Se *Konle v Republik Österreich*. Sak C-302/97. ECR [1999] s. I-3099, pkt. 40.

⁸⁰ T2006 betraktning 40. Noen slik detaljert opplisting var ikke foretatt i 2004-utkastet.

⁸¹ T2006 betraktning 56.

⁸² T2006 betraktning 54

”Disse kriteriene [de forbudte krav om etableringssted, bosted, hjemsted eller stedet der tjenestevirksomheten primært ytes] skal imidlertid ikke inkludere krav om at en yter, eller en av yterens ansatte eller en representant, pålegges å være til stede under utøvelsen av virksomheten når dette er begrunnet med overliggende hensyn til allmenne interesser.”

Dette må leses slik; Kriteriene som omtales er krav som medlemsstaten kan oppstille. Etableringsadgangen begrenser medlemsstatens rett til å oppstille nasjonale kriterier. Rett til å drive tjenesteytelse i en annen stat skal ikke kunne underlegges krav til etableringssted etc. De ikke tillatte krav skal ikke omfatte evt. påbud om at tjenesteytere skal være tilstede når dette kan begrunnes i tvingende almene hensyn (se betraktning 65). Etter mitt skjønn er dette en riktignok svært så vanskelig måte å si nøyaktig det samme som ble formulert i 4. april-versjonen.

b) Opprinnelseslandprinsippet er forlatt i 2006-direktivet. Spørsmål er om dette forandrer noe på medlemsstatenes kompetanse etter tjenstedirektivet. Beholder vertsstaten en selvstendig reguleringsrett, utover det som var 2004-ordningen? Vi så ovenfor i pkt. a at medlemslands-kompetansen var begrenset til behov som var ”begrundet i hensynet til den offentlige orden, den offentlige sikkerhet eller folkesundheten.”

Utgangspunktet etter 2006-tjenstedirektivet er at det innføres felles EU-ordninger med mindre annet er særskilt bestemt. Jeg har tidligere sitert målsettingen om at koordinering av medlemsstatenes regler skal sikre et høyt nivå av rettslig integrasjon i EU. En forutsetning for slike felles ordninger er at medlemsstatene ikke oppstiller egne ordninger som tjenesteytere må oppfylle hver gang de opererer i en annen stat enn etableringsstaten. Dette er også den rettslige ordning i 2006-direktivet:

”Det er i unntaks- og enkeltsaker nødvendig å gi medlemsstatene mulighet til å treffe tiltak som fraviker bestemmelsen om friheten til å yte tjenester når det gjelder en tjenesteyter som er etablert i en annen medlemsstat, begrunnet i tjenestesikkerheten. Det bør imidlertid bare være mulig å treffe slike tiltak i mangel av harmonisering på fellesskapsplan”.⁸³

Det er klart at vertsstatens kompetanse er begrenset til sosiale tjenesteytelser. Det er ikke mange slike unntak. Et unntak er adgangen til å opprette konsesjonsordninger, se artikkel 9. I utgangspunktet synes reguleringskompetansen ganske vid i og med at proporsjonalitetsprinsippet (litra c) og ikke-diskrimineringsprinsippet (litra a) ikke forbyr medlemsstats-reguleringer. Imidlertid stilles det et ytterligere krav, nemlig at ”behovet for en tilladelses-ordning er begrunnet i et tvingende alment hensyn” (litra b).

Dette kravet er oversatt slik i den norske versjonen: ”behovet for en godkjenningsordning er begrunnet i allmenne hensyn”. Setningen får dermed en helt annen mening i Norge enn i EU fordi fremme av allmenne hensyn i norsk rett omfatter alle mulige positive politiske mål – et slags par tout kort – som åpner for vektlegging av de aller videste formål så fremt og så langt disse er saklige.⁸⁴ Denne oversettelse er åpenbart feil!

Kravet i artikkel 9 er brysomt fordi slike tvingende hensyn er et særsyn i EU. Det er for eksempel intet tvingende hensyn dersom de krav som vertslandet vil oppstille allerede er prøvet i etableringsstaten: ”Formålet hermed er at præcisere, at kravet om, at betingelserne for tilladelse ikke må være overlappende, ikke er til hinder for, at medlemsstatene kan anvende deres egne betingelser, men at de blot skal tage hensyn til tilsvarende betingelser, som

⁸³ T2006 betraktning 91.

⁸⁴ Se Peter Ørebech: Tyngende vilkår ved begunstigende forvaltningsvedtak (Institutt for statsrett og folkerett, UiO skriftserie nr. 5, 1976).

tjenesteyderen allerede har oppfylgt i en annen medlemsstat".⁸⁵ Denne formulering er erstattet av:

"Bestemmelsen om at betingelserne for en tilladelse ikke må være overlappende bør ikke være til hinder for, at medlemsstatene kan anvende deres egne betingelser, der er fastsat i tilladelsesordningen. Den bør blot betyde, at de kompetente myndigheder, når de undersøger om ansøgeren oppfylder betingelserne, skal tage hensyn til tilsvarende betingelser, som ansøgeren allerede har oppfylgt i en annen medlemsstat. Bestemmelsen bør ikke innebære anvendelse af de betingelser for udstedelse af en tilladelse, der er fastsat i en annen medlemsstats tilladelsesordning".⁸⁶

Men begrensningene for nasjonal lovgivningskompetanse går videre enn som så: formuleringer utover i direktivet viser at man med "tvingende almene hensyn" sikter til de formuleringer som en finner i artikkel 1 (2) i.f. Se for eksempel s. 8 (den offentlige sundhed), s. 9 og 29 der "miljøbeskyttelse" brukes som illustrasjon og s. 27 som begrenser disse hensyn til "beskyttelsen af arbejdstagerne, den offentlige sundhed, miljøbeskyttelse eller forbrugerbeskyttelse". Det tyder derfor på at begrepet "tvingende almene hensyn" benyttes som en fellesbetegnelse på alle de offentlige hensyn som medlemsstaten kan oppstille iht. artikkel 1 (2) sml. oppregningen "herunder den offentlige orden og sikkerhet" (artikkel 5 (2)). Det er klart at beskyttelse av arbeidere er omfattet.⁸⁷

Derved ender vi på de alminnelige betingelser om at medlemsstatene kun kan oppstille nasjonale krav forutsatt at det dreier seg om tiltak som er uomtvistelig nødvendig av hensyn til offentlig orden, sikkerhet, sunnhet eller beskyttelse av miljøet, se tjenstedirektivet artikkel 1 (2) i.f. Hvor langt medlemsstatene skal ha adgang til å gå mht. regulering av utenlandske tjenesteytere er omtalt på følgende måte:

"Kommissionen kan også med mindre redaksjonelle endringer acceptere endringsforslag 45, der vedrører betraktning 37, og hvori det fastslås, at medlemsstatene kan anvende egne krav, som er uomgangelige af hensyn til den offentlige orden eller offentlige sikkerhet eller for at beskytte den offentlige sundhed eller miljøet, samt endringsforslag 46 og 47, ifølge hvilke betraktningene vedrørende det tidligere oprindelseslandsprinsipp udgår. Kommissionen har desuden i overensstemmelse med drøftelserne i Rådet tilføjet yderligere forklarende betraktninger, nærmere bestemt en betraktning hvori der henvises til EF-Domstolens praksis vedrørende medlemsstaternes ret til at træffe foranstaltninger for at forhindre, at tjenesteydere uberettiget udnytter principperne".⁸⁸

Og forståelsen av hva EF-domstolen har godkjent som lovlige formål for nasjonale reguleringer er fremstilt slik:

"I henhold til Domstolens praksis udgør den offentlige sundhed, forbrugerbeskyttelse, dyresundhed og beskyttelse af bymiljøet tvingende almene hensyn. Sådanne tvingende

⁸⁵ Se Se EU kommissionen 4.4.2006 KOM(2006) 160 endelig, 2004/0001 (COD), Ændret forslag til EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV om tjenesteydelser i det indre marked, (heretter 4.april 2006-utkastet) s. 9.

⁸⁶ T2006 betraktning 61. Den norske oversettelsen har fått følgende ordlyd: "Bestemmelsen som vedrører eventuell overlapping av vilkår for å gi en godkjennelse, forhindrer ikke at medlemsstatene anvender sine egne vilkår som angitt i godkjenningsordningen. Den krever bare at vedkommende myndigheter, når de vurderer om disse vilkårene er oppfylt av søkeren, tar hensyn til de tilsvarende vilkårene som allerede er oppfylt av søkeren i en annen medlemsstat. Denne bestemmelsen krever ikke at det anvendes vilkår for tildeling av godkjenning som inngår i godkjenningsordningen i en annen medlemsstat." Den norske teksten er etter mitt skjønn ikke dekkende for meningsinnholdet. "Vedrører overlapping" er ikke det samme som "ikke må være overlappende".

⁸⁷ Sak C-164/99 Portuguesa Construções [2002] ECR I-787, pkt.20.

⁸⁸ 4.april 2006-utkastet pkt. 3.4 Fri utveksling af tjenesteydelser og undtagelser herfra (artikel 16 til 19) s. 11.

almene hensyn kan begrunde anvendelsen af tilladelsesordninger og andre restriktioner”.⁸⁹

Det er her – siden 4. april 2006-utkastet – tatt ut ”hvad angår sociale tjenesteydelser”. Det kan tyde på at en nå mener at en for alle områder av tjenesteytelsene skal kunne oppstille slike konsesjonsordninger, dersom det kan påvises slike tvingende almene hensyn.

Det er enda et vilkår, og der er at området av jussen ikke er harmonisert ”på fellesskapsnivå”. Dette er utgangspunktet. Domstolspraksis viser imidlertid at det skal svært mye til for at en anerkjenner medlemsstatens lovgivningskompetanse her. Hvis tjenesteyter er pålagt tilsvarende eller i hovedsak like forpliktelser i etableringsstaten, kan det ikke også kreves oppfylt i vertsstaten, dvs. at lovhjemmelen forsvinner. Dette er formulert på litt forskjellig måte, se for eksempel ”when it emerges that the protection conferred thereunder is not guaranteed by identical or essentially similar obligations by which the undertaking is already bound in the Member State where it is established”.⁹⁰ Et annet eksempel; ”it is established case-law that such an obstacle may be justified only in so far as the public interest relied on is not safeguarded by the rules to which the provider of the service is subject in the Member State in which he is established”.⁹¹ Eller slik: ”be justified where it meets an overriding requirement relating to the public interest and that interest is not already safeguarded by the rules to which the service provider is subject in the Member State in which he is established and in so far as it”.⁹²

Under forutsetning av at slike mer eller mindre identiske krav ikke finnes i etableringsstaten kan vertstaten gi nasjonale bestemmelser også med virkning for fremmede tjenesteytere, forutsatt at en ikke strider mot etablert domstolspraksis:

”At the outset, it must be recalled that it is settled case-law that Article 49 EC requires not only the elimination of all discrimination on grounds of nationality against service providers who are established in another Member State, but also the abolition of any restriction, even if it applies without distinction to national providers of services and to those of other Member States, which is liable to prohibit, impede or render less advantageous the activities of a service provider established in another Member State, where he lawfully provides similar services”.⁹³

Dette var også situasjonen i 2004⁹⁴ og det er situasjonen nå etter 2006-tjenestedirektivet. Det er da ingen forskjell mellom den nasjonale kompetanse som fulgte av 2004-utkastet og ordningen slik den ble vedtatt i 2006. Riktignok har en fjernet opprinnelseslandprinsippet som betegnelse, men det har ikke fått noen konsekvenser for medlemsstatskompetansen etter direktivet. Vi er derfor like langt, eller like kort, avhengig av hvem som betrakter feltet.

De nasjonale krav om lovgivningskompetanse som skal være grunnnet i ”tvingende almene hensyn” må i henhold til domstolens praksis være i overensstemmelse med prinsippene om nødvendighet, proporsjonalitet og forbud mot forskjellsbehandling.⁹⁵ Dvs. at all nasjonal lovgiving innen rammen av direktivet, skal oppfylle kravene om behov, styrke og fjerning av stats- og bostedsmessige preferanser. Dette gjelder generelt uansett hva som ellers måtte være bestemt i direktivets enkeltregler.

⁸⁹ T2006 betraktning 56

⁹⁰ Commission of the European Communities v. Grand Duchy of Luxembourg, 21 October 2004 Case C-445/03, Pkt. 29.

⁹¹ Commission of the European Communities v. Kingdom of Spain, 26. January 2006, Case C-514/03 pkt. 43.

⁹² Commission of the European Communities v. Republic of Austria 21. September 2006, Case C-168/04 pkt. 37.

⁹³ Commission of the European Communities v. Republic of Austria 21. September 2006, Case C-168/04 pkt. 36.

⁹⁴ Se avgjørelsen i sak C-164/99 Portuguesa Construções [2002] ECR I-787, pkt.16 med videre henvisninger.

⁹⁵ T2006 betraktning 56.

2. Håndheving

Det må også undersøkes om den nye tjensteddirektiv har resultert i evt. endringer i kontroll- og håndhevingsadgang sammenlignet med det forkastede 2004-utkastet. Jeg minner om at standpunktet i LO er at "[v]esentlige begrensninger i importlandets kontrolladgang ble også fjernet"⁹⁶ med innføringen av 2006-direktivet. Er det korrekt?

I fall dette er korrekt, hvordan kan økningen i importlandets (vertslandets) kontroll forenes med de klart uttalte mål om at "Forvaltningssamarbeid er absolutt nødvendig for at det indre tjenstemarkedet skal fungere ordentlig. Manglende samarbeid mellom medlemsstatene fører til altfor mange regler som får anvendelse på ytere eller til overlapping av kontroller for virksomheter på tvers av grenser, og kan også benyttes av uærlige aktører for å unngå tilsyn eller for å omgå gjeldende nasjonale regler for tjenester. Det er derfor av avgjørende betydning å fastsette klare, juridisk bindende plikter for medlemsstatene om effektivt samarbeid."⁹⁷

- Utkastet til 2004-direktiv

2004-utkastet innførte ordningen med opprinnelseslandsprinsippet (se 2004-versjonen artikkel 16). Dette prinsippet innebar at "tjenesteydere kun er underlagt loven i det land, hvor de er etablert, og at medlemsstatene ikke må indføre restriksjoner for tjenesteydelser, der utføres af tjenesteydere, som er etablert i andre medlemsstater. Prinsippet gjelder med forbehold af generelle, midlertidige og individuelle undtagelser."⁹⁸

Denne plassering av lovkompetanse hos registreringslandet medførte ikke bare at vertslandet stod uten kompetanse til å regulere gjestefirma og utenlandsk tjenesteyting, det resulterte i at vertslandet ble helt uten kompetanse til å håndheve brudd på regelverket. Riktignok la man opp til en samarbeidsordning; "en styrket gensidig bistand de nationale myndigheder imellem for at sikre en effektiv kontrol med servicevirksomhed på grundlag af en klar opgavefordeling medlemsstaterne imellem og pligt til at samarbejde",⁹⁹ men samarbeidet førte ikke til at vertslandet fikk *noen beslutningskompetanse*. Det "oprettes et netværk af offentlige myndigheder med kompetence inden for beskyttelse af forbrugerne i forbindelse med grænseoverskridende transaktioner. Forslaget sikrer, at hver enkelt medlemsstat efter anmodning effektivt beskytter alle forbrugere i EU mod erhvervsdrivende på deres område, der bevæger sig på kanten af loven".¹⁰⁰ Vertslandet anmoder etableringsstat om ønsket kontroll og håndhevelse.

En presisering er gitt i 2004-utkastet betraktning 33: "Dette forbud er ikke til hinder for, at de myndigheder, der skal håndhæve konkurrencelovgivningen, kan udøve deres beføjelser".¹⁰¹ Dvs. at de generelle konkurranseregler nasjonalt (som bygger på EUs konkurranserett) og som også kommer til anvendelse på tjenesteyting skal fortsatt håndheves vis-a-vis alle tjenesteytere som virker i landet – uten hensyn til sin nasjonalitet eller registreringssted – uaktet at det er vedtatt et tjensteddirektiv.

Som det påpekes mange steder i tjensteddirektivet er dette helt i tråd med de øvrige EU-ordninger som vedrører tjenesteytelser (dvs. spesielle ordninger for visse typer av tjenesteyting): Se her f.eks. forordningen om forbrukerbeskyttelse¹⁰² der man utvikler

⁹⁶ Innstilling til sekretariatsmøtet fra ledelsen i LO som referert i Nationen 18. november 2006.

⁹⁷ Se T2006 betraktning 105.

⁹⁸ T2006 s. 3.

⁹⁹ T2004 s. 4.

¹⁰⁰ T2004 s. 16.

¹⁰¹ T2004 s.33.

¹⁰² Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 2006/2004 om samarbejde mellem nationale myndigheder med ansvar for håndhævelse af lovgivning om forbrukerbeskyttelse ("forordningen om forbrukerbeskyttelsessamarbejde").

samarbeidet mellom nasjonale myndigheter med ansvar for kontroll og håndheving av lovgivningen om forbrukerbeskyttelse.

- **2006-direktivet**

Selv om 2006 direktivet vraker opprinnelseslandsprinsippet, resulterer det likevel ikke i noen håndhevingsadgang for vertslandet. Det skal være et samarbeid mellom statene, jf. betraktning 109 og 110.

”I de tilfælde, hvor en tjenesteyder begiver sig midlertidigt til en anden medlemsstat end etableringsmedlemsstaten, er det nødvendigt at foreskrive gensidig bistand mellem de to medlemsstater, så førstnævnte stat kan foretage kontroller, inspektioner og undersøgelser efter anmodning fra etableringsmedlemsstaten eller foretage sådanne kontroller på eget initiativ, hvis det kun drejer sig om at fastslå faktiske forhold.

(110) Det bør ikke være muligt for medlemsstaterne at omgå reglerne i dette direktiv, herunder bestemmelsen om fri udveksling af tjenesteydelser, ved at udføre kontroller, inspektioner og undersøgelser, der er diskriminerende, eller som ikke er proportionelle i forhold til det tilsigtede mål.”¹⁰³

Det legges her opp til en deling av overvåkningen. Vertsstaten skal kontrollere, inspisere og undersøke mens etableringsstaten, som også har kontrolloppgaver etter anmodning fra vertsstaten,¹⁰⁴ skal sikre etterlevelsen og således også forestå håndhevingen. Hvordan fordelingen av oppgaver skjer helt konkret er regulert i forordningen om forbrukerbeskyttelse.¹⁰⁵ Hvor langt vertslandet kan gå er i artikkel 31 formulert slik: ”den medlemsstat, hvor tjenesteydelsen utføres, er ansvarlig for tilsyn med tjenesteyderens aktivitet på dens område”. Kontrollen begrenses til fellesskapsretten og omfatter kun slike tiltak som er nødvendig for å sikre at ytere overholder disse kravene med hensyn til tilgang til og utøvelse av en tjenestevirksomhet og utføre de kontroller, inspeksjoner og undersøkelser som måtte være nødvendig for å føre tilsyn med tjenesten som ytes. Dvs. i de tilfelle der vertslandet har kompetanse til å regulere utenlandske tjenesteytere – innen rammen av likebehandling, nødvendighet og proporsjonalitet – er dette land også ansvarlig for tilsynet. Utenfor de tilfelle der vertsstaten har lovgivningskompetanse ”skal den gjennomføre kontroller, inspektioner og undersøgelser på stedet, når det er objektivt begrundet og kan gøres uten forskelsbehandling, eller hvis den medlemsstat, hvor tjenesteyderen er etablert, anmoder herom”.¹⁰⁶

Jeg viser til denne, men går ikke i detalj her fordi det er den samme forordning med de samme regler da (i 2004) som nå (2006). Dvs. at vertsstatens kompetanse ikke kan være økt siden 2004.

”Det er på dette område navnlig nødvendigt at sikre, at medlemsstaterne påbyder erhvervsdrivende på deres område, der henvender sig til forbrugere i en anden medlemsstat, at ophøre med ulovlig adfærd” (se betraktning 66). Etableringsstaten kan ikke unnslå seg slikt tilsyn eller håndheving, jf. tjenstedirektivet artikkel 34 (2): ”Etableringsmedlemsstaten afstår ikke fra at træffe tilsyns- eller håndhævelsesforanstaltninger på sit område med den begrundelse, at tjenesteydelsen er udført eller har forvoldt skade i en anden medlemsstat”.

¹⁰³ I 4 april 2006 utkastet (66ea) var formuleringen slik ”Det bør ikke være muligt for medlemsstaterne at omgå reglerne i dette direktiv, herunder bestemmelsen om fri udveksling af tjenesteydelser, ved at udføre kontroller, inspektioner og undersøgelser, der er diskriminerende, eller som ikke er afpasset efter det tilsigtede mål”. Dvs. at det ikke var noen henvisning til proporsjonalitetsprinsippet, som kom inn i den endelige tekst. Dette betyr en skjerpelse for nasjonale ordninger fordi man her har en lang rettspraksis å vise til.

¹⁰⁴ T2006 betraktning 109.

¹⁰⁵ Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 2006/2004 om samarbejde mellem nationale myndigheder med ansvar for håndhævelse af lovgivning om forbrukerbeskyttelse, se EUT L 364 af 9.12.2004, s. 1.

¹⁰⁶ T2006 s. 16.

Mens vertslandet kan begjære gjennomføring av faktiske kontroller, kan en ikke forlange at håndheving blir iverksatt: "Den medlemsstat, hvor tjenesteyderen er etablert, skal foreta kontroller, inspeksjoner og undersøgelser samt gi opplysninger om tjenesteytere som er etablert på dennes område hvis en annen medlemsstat anmoder om dette (se artikkel 35 (2)).

Etableringstatens samarbeidsansvar i håndhevingen er nedfelt ikke kun i tjenstedirektivet, men en rekke andre steder i EU-lovverket.¹⁰⁷

"Dette direktiv er i overensstemmelse med fellesskapsrett vedrørende forbrukervern, som europaparlaments- og rådsdirektiv 2005/29/EF av 11. mai 2005 om urimelig handelspraksis i det indre marked (Direktiv om urimelig handelspraksis)¹⁰⁸ og europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 2006/2004 av 27. oktober 2004 om samarbeid mellom nasjonale myndigheter med ansvar for håndheving av forbrukervernlovgivning ("forordningen om forbrukervernsamarbeid").¹⁰⁹

Oppsummerende kan en således si at 2006-direktivet følger 2004-utkastet. Etableringsstaten har håndhevingsansvaret, mens vertsstaten får tilsyns- og undersøkelsesansvar. Vertsstaten som oppdager rettsbrudd kan ikke sanksjonere, men må nøye seg med å gjøre etableringsstaten oppmerksom på det. Sistnevnte håndhever brudd på tjenstedirektivet iht. forordningen om forbrukerbeskyttelsessamarbeide.

• Sterkere kontroll og oppfølging av lønns- og arbeidsvilkår?

Den noe defensive posisjon til vertsstaten som vi her fikk et bilde av kan iht Arbeids- og inkluderingsdepartementets forslag antas å kunne bedres, jf. høringsnotat om å skape ryddigere forhold på inn- og utleiemarkedet for arbeidskraft, og sterkere kontroll og oppfølging av lønns- og arbeidsvilkår ved hjelp av utvidet oppdragsgiveransvar og innsynsrett, i de bransjer der tariffavtaler er allmenngjort.¹¹⁰ Hvor langt en kan gå henhører under domstolene. Pga. dette er det usikkert om det vil kunne aksepteres. Det er EF-domstolen som setter standarden her iht. bl.a. proporsjonalitetsprinsippet (se pkt. 3 i fortsettelsen).

3. Tvisteløsning

Fokus her er ikke tvisteløsningen i EU generelt men hvordan konflikter vedrørende tjensteyting over landegrensene i det indre marked blir påvirket av tjenstedirektivet – og ikke minst om den nye versjonen i 2006 leder til andre resultater enn 2004-utkastet.

I forhold til det grep vi følger i dette arbeidet, er spørsmålet ikke først og fremst hvordan prøvingsretten blir dersom tjenstedirektivet tenkes helt borte, men om nasjonalstatene bedrer kontrollen med de tjensteytende aktører under 2006-direktivet sett i forhold til 2004-versjonen. Jeg ser på dette i kulepunkt nr. 2 straks nedenfor. Men aller først en kort beskrivelse av situasjonen dersom Norge nedlegger veto mot tjenstedirektivet (første kulepunkt).

¹⁰⁷ Mens 2004 direktivet omtaler samarbeidspliktene 37 ganger er det tilsvarende tall for 2006-direktivet 27. Samarbeidet gjelder både landene i mellom men også i forhold til EU.

¹⁰⁸ EUT L 149 av 11.6.2005, s. 22.

¹⁰⁹ T2006 betraktning 32.

¹¹⁰ Om tiltak for å sikre ryddigere forhold på inn- og utleiemarkedet og for å effektivisere allmenngjøringsordningen (Arbeids- og inkluderingsdepartementet 22. desember 2006).

- **Alternativ (1) Direktivet avvises**

Dersom Norge nedlegger veto mot direktivet betyr det at alle tvister om lovligheten av nasjonale krav må vurderes direkte opp i mot EØS-avtalen, dvs. artikkel 31-39. I og med at Norge ikke har sluttet seg til EØS protokoll 34 om muligheten for domstoler i EFTA-statene til å anmode De europeiske fellesskapers domstol om å avgjøre fortolkning av EØS-regler som tilsvarende EF-regler,¹¹¹ blir tolkning og rettsanvendelse å foregå ved norske domstoler. Tolkningen her skal selvsagt ta EØS-avtalen i betraktning i og med at norsk rett presumeres å være i overenstemmelse med folkeretten. Dersom ESA mener at Norge i noen av sine reguleringer nasjonalt bryter EØS-avtalen kan de bringe spørsmål om norske rettsbrudd i forhold til EØS inn for EFTA-domstolen. Dette resulterer i forskjeller sett i forhold til om Norge vedtar tjenstedirektivet. Her skal nevnes de viktigste:

For det første: Norge beholder sine egne regelverk om tjenesteyting. Dersom EU mener at Norge ikke etterlever sine traktatforpliktelser kan Norge ikke stevnes for noen internasjonal domstol. Ordningen etter EØS-avtalen artikkel 111 er at tvister løses ved forhandlinger i EØS-komiteen. Dersom forhandlinger ikke fører frem kan avtalepartene i den konkrete tvist bli enige om å forelegge tolkningsspørsmålet for EF-domstolen. Rettsanvendelsen kan ikke henvises til EF-domstolen. Partene kan imidlertid bli enige om å henvise tvisen til voldgift, som da blir å behandle iht. protokoll 33.

I praksis betyr dette – som også godt beskrevet av EU i foralen til tjenstedirektivet – at det er EU evt. ESA som må ta initiativet i hvert enkelt tilfelle der en mener at norsk lovverk er i strid med EØS-traktaten artikkel 31-39. Ikke bare betyr det at Norge – om vi skulle tape i EFTA-domstolen eller i EØS-komiteen – i verste fall vinner tid til å tilpasse oss den friere flyt av tjenester, og at vi alltid kan velge minimalistiske løsninger sett i forhold til de konkrete domsavsigelser.

For det annet: ved at Norge nedlegger veto mot tjenstedirektivet er det ensbetydende med at Norge avviser at en er bundet av den rettsutvikling som har funnet sted siden 2. mai 1992 – tidspunktet for undertegningen av EØS-avtalen i Oporto – og som ikke er nedfelt i forordninger eller direktiv som Norge allerede har implementert. Som vist av undertegnede i artikkelen om hjemfallsretten, er EØS-avtalen statisk.¹¹² Det dynamiske element finnes i EØS-avtalen artikkel 106 vedr. domstolsløsningen, men her er EF-domstolens avgjørelser intet prejudikat for EFTA-domstolen, men kun en illustrasjon; ”Med henblikk på å sikre en mest mulig lik fortolkning av denne avtale, og med full respekt for domstolenes uavhengighet, skal EØS-komiteen opprette en ordning for utveksling av opplysninger om dommer avsagt av EFTA-domstolen, De europeiske fellesskaps domstol...” Det er EØS-avtalen som skal fortolkes likt av de to domstoler, ikke EF-traktaten og EØS-avtalen. Der EU har truffet en avgjørelse omhandlende en bestemmelse i EF-traktaten som ”i sitt materielle innhold er identiske med bestemmelser i denne avtale” skal avgjørelsene oversendes. Hvordan domstolen skal forholde seg til ”illustrasjonen” er det opp til EFTA-domstolen selv å vurdere, jf. uttrykket ”med full respekt for domstolens uavhengighet”.

- **Alternativ (2) Direktivet vedtas – prøvingsretten 2004 kontra 2006?**

Siktemålet her er å undersøke hvor langt domstolskontrollen av norske reguleringer av tjenesteyting går etter tjenstedirektivet og om dette evt. har endret seg siden 2004-versjonen. Utgangspunktet er at EFTA-domstolen fullt ut kan prøve alle spørsmål som er regulert i EØS-avtalen og alle EU-tilpassede nasjonale regleverk, herunder tjenstedirektivet. Det jeg derfor søker etter i fortsettelsen er evt. *unntak* fra denne prøvingsadgangen.

¹¹¹ Om dette se Peter Ørebech, EØS-avtalen artikkel 125, med særlig vekt på diskusjonen i NOU 2004:26 Hjemfall, Lov og Rett (2006) s.26 se s. 41 note 62.

¹¹² Peter Ørebech, EØS-avtalen artikkel 125, med særlig vekt på diskusjonen i NOU 2004:26 Hjemfall, Lov og Rett (2006) s.26 se s. 34.

Det finnes en bestemmelse om prøvingsretten i tjenstedirektivet artikkel 10 pkt. 6: Iht. denne skal "Et eventuelt afslag eller andre svar fra de kompetente myndigheder, ligesom en eventuel inddragelse af tilladelsen ... være begrundet, navnlig i forhold til bestemmelserne i denne artikel, og skal kunne prøves ved domstolene." Denne regel er identisk med den som gjaldt i 2004. Regelen nå er snarere tvert i mot at tjenstedirektivet garanterer for full prøvingsrett: "Unntatt i tilfeller av bevilgning av godkjenning, skal enhver avgjørelse fra vedkommende myndigheter, herunder avslag på eller tilbaketrekking av en godkjenning, skal være fullt ut begrunnet, og det skal være adgang til å bringe dette inn for en domstol" (artikkel 10(6)).

Prøvingsretten overfor nasjonalstatens rett til å utstede konsesjoner var et stridstema i 2004. Et at de endringsforslag som Europaparlamentet (betraktning nr. 122) fremla etter at 2004-versjonen ble avvist var at "avgjørelser om udstedelse af en tilladelse [skulle] være undtaget fra begrundelseskravet og fra kravet om, at afgørelsen skal kunne prøves ved domstolene".¹¹³ Dette falt ikke i god jord: "Kommissionen [kan] ikke acceptere ændringsforslag 122, for hvis afgørelser om at udstede en tilladelse ikke skal begrundes, risikerer man at gøre en domstolsprøvelse af en administrativ afgørelse mindre effektiv eller helt umulig, særlig for tredjepart".¹¹⁴ Parlamentet gav seg på dette og den foreslåtte oppheving av prøvingsretten ble derfor trukket tilbake.

Et annet eksempel finnes i endringsforslag 135. Denne gjaldt det forhold at det i forbindelse med søknad om rett til tjensteyting ble foreslått at vertsstaten ikke av eget tiltak skulle "fremsendes en kvittering for modtagelsen af en ansøgning om tilladelse". En slik plikt skulle kun gjelde "hvis ansøgeren anmoder herom, ligesom der ikke skal oplyses noget om klagemuligheder". Dette ble avvist fordi Kommisjonen fant at "denne ændring ville indebære en yderligere byrde for ansøgerne og gøre domstolsprøvelse vanskeligere".¹¹⁵

Dette betyr at nasjonale konsesjonsordninger for tjensteyting som fortsatt måtte være tillatt iht. tjenstedirektivet, blir med dette trukket inn under ESAs og EFTA-domstolens kompetanse.

Kommisjonen står ellers steilt på en omfattende prøvingsrett for domstolen. Det ser en når en følger skjebnen til endringsforslag 135 som anbefaler at det skal kun fremsendes en kvittering for mottakelsen av en søknad om tilladelse hvis søker ber om det, på samme måte som det ikke skal opplyses noe om klagemuligheter. Dette kunne Kommisjonen ikke godta "fordi denne ændring ville indebære en yderligere byrde for ansøgerne og gøre domstolsprøvelse vanskeligere".¹¹⁶

Dette betyr at 2006 versjonen tilsvarende 2004 ordningen; det er EF-domstolen og kun den, som dømmer i siste instans. Derved gjelder prøvingsretten overfor nasjonale brudd på tjenstedirektivet fullt ut.

B. Hvilke endringer?

Jeg legger nå spørsmålene om hvem som kan treffe avgjørelser innen rammen av tjenstedirektivet bak meg og kommer nå til de materielle endringer. Her ligger det to spørsmål som jeg skal gripe fatt i: For det første hvor omfattende er endringene? For det annet hva består forandringene i materielt sett? For å vite noe om endringene må vi kjenne utgangspunktet.

¹¹³ 4. april 2006 s. 9.

¹¹⁴ Op.cit.

¹¹⁵ 4. april 2006 s. 10.

¹¹⁶ Op.cit.

1. Generelt om 2004-utkastet sammenlignet med 2006-direktivet

For å få innsikt i omfanget av endringene slik de til slutt ble i 2006, må vi kjenne til plattformen i 2004. Hvor langt var det da meningen å gå i retning av felles EU-løsninger for fri flyt av tjenester? Den opprinnelige ordning er omtalt slik i 2004-direktivet:

”For at gripe minst mulig ind i de nationale ordningers særlige kendetegn er der truffet en række lovgivningsmæssige valg:

- forslaget sigter ikke mod en detaljeret og systematisk harmonisering af alle nationale bestemmelser, der gælder for tjenesteydelser, men omhandler kun de væsentlige aspekter, det er absolut nødvendigt at koordinere for at kunne sikre etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser

- anvendelsen af oprindelseslandsprincippet gør det muligt på én gang at sikre den frie udveksling af tjenesteydelser og at lade medlemsstaternes forskellige retssystemer eksistere side om side med alle deres særlige kendetegn, som ikke kan udnyttes til at begrænse tjenesteydelser, der udføres af en tjenesteyder, der er etableret i en anden medlemsstat

- forslaget berører ikke den institutionelle udformning af medlemsstaternes regulering af servicevirksomhed. Det præciserer således kun, hvilke opgaver kvikskrannerne skal varetage, uden at foreskrive, hvilken type organer der skal være tale om (f.eks. forvaltningsorgan, handelskammer eller faglig forening). Forslaget tager desuden ved definitionen af ”kompetent myndighed” (artikel 4, nr. 8) hensyn til, at den kompetente myndighed for en og samme virksomhed alt efter medlemsstat kan være en faglig forening, en offentlig myndighed eller en erhvervsorganisation, og foreskriver ikke nogen bestemt modell”.¹¹⁷

2004-ordningen skulle gripe minst mulig inn i nasjonale regelverk. Dette søkte man å oppnå ved en ”harmonisering light”, dvs. ingen detaljert og systematisk harmonisering, et ikke-overlappende nasjonalt regelverk (opprinnelseslandprinsippet) og null inngrep i den enkelte stats organisatoriske tilnærming. Er dette systemet beholdt? Hvis ikke, hvilke endringer er det gjort i 2006? Fortalen til 2006-direktivet uttrykker dette slik:

”(7) Dette direktiv oppstiller en generell retlig ramme, der kommer en lang række tjenesteydelser til gode, samtidig med at der tages hensyn til de særlige kendetegn ved hver enkelt form for virksomhed og erhverv og disses reguleringsordninger. Denne ramme er baseret på en dynamisk og selektiv tilgang, der består i først at fjerne de hindringer, der hurtigt kan ryddes af vejen, og derefter for de øvrige hindringer at igangsætte en procedure med evaluering, høring og supplerende harmonisering af specifikke aspekter med henblik på at muliggøre en gradvis og samordnet modernisering af de nationale ordninger for regulering af servicevirksomhed, hvilket er absolut nødvendigt for at gennemføre et ægte indre marked for tjenesteydelser inden 2010. Der bør indføres en afbalanceret kombination af foranstaltninger, der omfatter målrettet harmonisering, administrativt samarbejde, bestemmelsen om fri udveksling af tjenesteydelser og tilskyndelse til udarbejdelse af adfærdskodekser på bestemte områder. Denne koordinering af de nationale lovgivninger bør sikre et højt niveau af retlig integration i Fællesskabet og i høj grad tilgodese almene hensyn, især beskyttelse af forbrugerne, hvilket er absolut nødvendigt for at skabe tillid mellem medlemsstaterne. Dette direktiv tilgodeser også andre almene hensyn, herunder beskyttelse af miljøet, den offentlige sikkerhed og den offentlige sundhed samt nødvendigheden af at overholde de arbejdsretlige regler”.

¹¹⁷ T2004 s. 16.

”(116) Målene dette direktiv, nemlig at fjerne hindringene for tjenesteyderes etableringsfrihet i medlemsstatene og for den frie utveksling af tjenesteydelser mellem medlemsstatene, kan ikke i tilstrækkelig grad opfyldes af medlemsstatene og kan derfor på grund af handlingens omfang bedre gennemføres på fællesskabsplan; Fællesskabet kan derfor træffe foranstaltninger i overensstemmelse med subsidiaritetsprincippet, jf. traktatens artikel 5. I overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, jf. nævnte artikel, går dette direktiv ikke ud over, hvad der er nødvendigt for at nå disse mål.”

• **Harmonisering**

2006-ordningen avviser at reguleringene er av en art som kan gjennomføres på medlemstatsplan. Direktivet omtaler en ordning med målrettet harmonisering, administrativt samarbeid på medlemsstatsplan – for eksempel om ”kvikskrankene” (norsk nasjonale kontaktpunkter) i artikkel 6¹¹⁸ – og koordinering av nasjonale rettssystemer som skal sikre ”et høyt nivå” av rettslig integrasjon. Dette indikerer mer sentralistiske løsninger enn dem som fulgte av 2004-versjonen. Er dette kun rene talemåter eller er det også gjennomført i de enkelte bestemmelser, dvs. i formuleringene i artikkel 1 – 47?

Generelt nevnes det at de næringsdrivende skal få en ”dynamisk og selektiv tilgang” til tjenestesegmentet ved at hindringer som ”hurtigt kan ryddes af vejen” fjernes først ”og derefter for de øvrige hindringer at igangsætte en procedure med evaluering, høring og supplerende harmonisering af specifikke aspekter med henblik på at muliggøre en gradvis og samordnet modernisering af de nationale ordninger for regulering af servicevirksomhed”. Det er ikke oppstilt noen begrensninger her. EU bestemmer retning, slutt mål, omfang og tempo. Målet er hel og full sammordning av nasjonale regelverk.

Artikkel 16 har i sitt pkt. 4 en bestemmelse om at kommisjonen skal – 5 år etter direktivets ikrafttreden – utarbeide en rapport om hvilke harmoniseringstiltak som er nødvendig. Denne rapport skal gi grunnlag for videre skritt i retning av full samordning.

Det er intet her som peker i retning av svekket harmonisering eller mindre sentralistiske løsninger enn dem som fulgte av 2004-versjonen. Snarere tvert i mot. Det kreves høy grad av rettslig samordning. 2006-direktivet er ikke ”harmonisering light”. Der man ville ventet en modifisert utgave av ”harmonisering light” møter en i stedet en ”full-bodied harmonization”.

• **Overlappende regler**

Hvordan har det gått med målsettingen om ikke-overlappende nasjonalt regelverk? Det er klart at prinsippet om opprinnelsesland er forlatt. Grunnet problemet med ekstraterritorialitet blir det av vital betydning hvilke løsninger som erstatter opprinnelseslandprinsippet. Men har noe fundamentalt annerledes kommet i stedet? 2006 direktivet artikkel 10(3) inneholder følgende om evt. overlappende nasjonale regler: ”Vilkårene for å gi godkjenning til en ny etablering skal ikke overlappe krav og kontroller som er tilsvarende eller i hovedsak sammenlignbare med hensyn til deres formål, og som yteren allerede er underlagt i en annen medlemsstat eller i samme medlemsstat. Yteren og de kontaktpunkter det er vist til i artikkel 28 nr. 2) skal bistå vedkommende myndighet ved å legge frem all nødvendig informasjon om disse kravene.” Dette var noe mer utførlig formulert i april-utkastet fra kommisjonen:

¹¹⁸ Se T2004 pkt. 3.2 om subsidiaritetsprinsippet som hindring for å velge løsninger på fellesskaps-plan:

”Kommissionen kan heller ikke acceptere ændringsforslag 103, fordi en europæisk kvikskranke ville udgøre en unødvendig administrativ struktur og ville være imod subsidiaritetsprincippet (eftersom administrativt samarbejde bedst kan klares af medlemsstaterne selv).”

”ved vurderingen af, hvorvidt betingelserne for udstedelse af en tilladelse er tilsvarende eller i det væsentlige sammenlignelige med dem, som tjenesteyderen allerede er underlagt i en anden medlemsstat (kravet om, at betingelser ikke må være overlappende), skal der ikke blot tages hensyn til målet og formålet med dem, men også til deres virkning og effektiviteten af håndhævelsen af dem... Formålet hermed er at præcisere, at kravet om, at betingelserne for tilladelse ikke må være overlappende, ikke er til hinder for, at medlemsstaterne kan anvende deres egne betingelser, men at de blot skal tage hensyn til tilsvarende betingelser, som tjenesteyderen allerede har opfyldt i en anden medlemsstat”.¹¹⁹

Prinsippet om null-overlapping skal gjelde ikke kun i lovgivningsfasen, men også i håndhevingen. Det skal tas hensyn til at tjenesteyter allerede har oppfylt krav i en annen medlemsstat. Slike krav som allerede er oppfylt skal det ikke komme tilleggskrav til, altså slik at tillatelse gitt til lovlig virksomhet i en medlemsstat gjennom ekstravilkår, blir verdiløs i en annen medlemsstat (se direktivet artikkel 10 pkt. 3). Det finnes ingen eksplisitte begrensninger i direktivteksten som åpner for en annen konklusjon. For eksempel er disse regler særlig praktisk i konsesjonsordninger. Bedrift x har fått konsesjon for tjenesteyting i Stat A. Reglene er laget for å sikre tilstrekkelig kompetanse hos utøver, økonomisk sikkerhet for kunder/klienter og en viss inntjening for den enkelte utøver i bransjen. Dette betyr etter artikkel 10 at Stat B ikke kan oppstille krav som dekker disse tre områder. Konkret betyr dette at lastebileier x i Stat A som har fått løyve her også har krav på løyve i Stat B dersom sistnevnte ikke opererer med tilleggskrav utover disse tre krav. Dette betyr bl.a. at dersom hjemlandet opererer med løyvekrav for å kjøre kan ikke oppdragsmottakende land oppstille løyvekrav som begrenser eller umuliggjør utlendingers virksomhet.

Hva medlemstatene kan beholde av egne regler står og faller med hvor langt harmoniseringen går. Hvor langt samordningen av regelverk skal gå avgjøres av EU innen rammen av EF-traktaten artikkel 50.

Hvorvidt Stat B kan operere med slike tilleggskrav er avhengig av om regelverket er harmonisert – se artikkel 9 pkt. 3: ”Denne afdeling finder ikke anvendelse på de aspekter af tilladelsesordningerne, der er omfattet af en harmonisering i henhold til andre fællesskabsinstrumenter.” Derfor blir det springende punkt etter 2006 versjonen om EU har eller vil iverksette system med felles regler i bransjen. I og med at det her vises til andre fællesskapsinstrumenter, må svaret søkes ikke i tjenstedirektivet, men i andre lovordninger. For å få full forståelse for dette aspektet må det gjennomføres en omfattende undersøkelse av en mengde EU-regler. Det er det selvsagt ikke muligheter for innen rammen av dette prosjekt. Her må jeg bevege meg på et generelt plan.

Det er klart at de rettsområder der EU har *preemptive* – uttømmende kompetanse – dvs. på alle områder av fellespolitikk (handel, tjenesteyting, investering, etablering, arbeidermobilitet, transport, landbruk, fiskeri, pengepolitikk og snart også utenriks-, sikkerhets- og forsvarspolitik), kan medlemstaten ikke oppstille noen krav med mindre slik kompetanse er delegert fra EU, in casu for tjenstedirektivet – i den utstrekning at EU bestemmer at medlemsstatene skal kunne lovregulere.

- **Går utstasjoneringdirektivet foran tjenstedirektivet?**

Før jeg går inn på detaljene her er det grunn til å minne om at utstasjoneringdirektivet også etter 2004-utkastet var *lex superior* til tjenstedirektivet mht., spørsmålet om kun etableringsstaten skulle ha kompetanse til å regulere (dvs. en derogasjon fra opprinnelseslandsprinsippet), jf. 2004-utkastet artikkel 17 nr. 5: ”Artikkel 16 finner ikke

¹¹⁹ 4. april 2006 pkt. 3.3 Etableringsfrihet for tjenesteydere (artikel 9 til 15).

anvendelse på ... områder, der er omfattet af direktiv 96/71/EF". Når situationen i 2006 er at oprinnelseslandsprinsippet er fjernet, hva er da betydningen av at utstasjoneringsdirektivet går foran tjensteddirektivet? Jeg skal her se på hva det betyr helt konkret at utstasjoneringsdirektivet går foran tjensteddirektivet.

Dersom en leser fortalen til direktivet, se særlig pkt. 3.6 (Udstationering af arbejdstagere (artikel 24 og 25)) er det tilsynelatende klart at tjensteddirektivet ikke skal gjelde for forhold som omfattes av utstasjoneringsdirektivet: "I henhold til ændringsforslag 181, 182/248, 63 og 64, 183/249 og 65 og 66 udgår de relevante bestemmelser om fjernelse af administrative hindringer og om medlemsstaternes forpligtelse til at samarbejde om udstationering af arbejdstagere og udstationering af tredjelandsstatsborgere." Disse udtalelser må ses i sammenheng med direktivet selv, jf. her artikkel 24 og 25 i 2004-utkastet:

Artikel 24

Specifikke bestemmelser om udstationering af arbejdstagere

1. Når en tjensteyder udstationerer en arbejdstager i en anden medlemsstat med henblik på at udføre en tjensteydelse, foretager udstationeringsmedlemsstaten på sit område de nødvendige efterprøvnninger, inspektioner og undersøgelser for at sikre, at de bestemmelser om ansættelses- og arbejdsvilkår, der finder anvendelse i henhold til direktiv 96/71/EF, overholdes, og træffer under overholdelse af fællesskabsretten foranstaltninger over for tjensteydere, der ikke overholder disse bestemmelser.

Udstationeringsmedlemsstaten må dog ikke for så vidt angår de i artikel 17, nr. 5), omhandlede områder kræve, at tjensteyderen eller den af ham udstationerede arbejdstager skal:

- a) indhente en tilladelse hos dens kompetente myndigheder, være registreret hos disse eller opfylde tilsvarende forpligtelser*
- b) afgive en erklæring, bortset fra erklæringer vedrørende virksomhed, der er omfattet af bilaget til direktiv 96/71/EF, som kan opretholdes indtil den 31. december 2008*
- c) have en repræsentant på dens område*
- d) føre og opbevare arbejdsretlige dokumenter på dens område og på de betingelser, der gælder på dens område.*

2. I det i stk. 1 omhandlede tilfælde skal oprindelsesmedlemsstaten påse, at tjensteyderen træffer alle nødvendige foranstaltninger for indtil to år efter udstationeringens ophør at kunne meddele sin egen medlemsstats og udstationeringsmedlemsstatens kompetente myndigheder følgende oplysninger:

- a) den udstationerede arbejdstagers identitet*
- b) den udstationerede arbejdstagers stilling og arbejdsopgaver*
- c) tjenstemodtagerens kontaktoplysninger*
- d) udstationeringssted*
- e) start- og slutdato for udstationeringen*
- f) den udstationerede arbejdstagers ansættelses- og arbejdsforhold.*

I det i stk. 1 omhandlede tilfælde skal oprindelsesmedlemsstaten bistå udstationeringsmedlemsstaten med at sikre overholdelse af de ansættelses- og arbejdsvilkår, der gælder i henhold til direktiv 96/71/EF, og på eget initiativ meddele udstationeringsmedlemsstaten de i første afsnit omhandlede oplysninger, hvis den får kendskab til konkrete forhold, der tyder på, at tjensteyderen har begået uregelmæssigheder med hensyn til ansættelses- og arbejdsvilkår.

Artikel 25

Udstationering af tredjelandsstatsborgere

1. Når en tjenesteyder udstationerer en arbejdstager, der er statsborger i et tredjeland, i en anden medlemsstat med henblik på at udføre en tjenesteydelse, må udstationeringsmedlemsstaten ikke kræve, at tjenesteyderen eller den af ham udstationerede arbejdstager skal have en indrejse-, udrejse- eller opholdstilladelse eller en arbejdstilladelse, eller at han skal opfylde andre tilsvarende forpligtelser, jf. dog undtagelsesordningen i stk. 2.

2. Stk. 1 berører ikke medlemsstaternes mulighed for at kræve, at statsborgere fra tredjelande, der ikke er omfattet af den i artikel 21 i konventionen om gennemførelse af Schengen-aftalen fastsatte gensidighedsordning, skal være i besiddelse af et visum til kortvarigt ophold.

3. I det i stk. 1 omhandlede tilfælde skal oprindelsesmedlemsstaten påse, at tjenesteyderen kun udstationerer arbejdstageren, hvis han opholder sig på dens område i overensstemmelse med national lovgivning og har lovlig beskæftigelse på dens område.

Oprindelsesmedlemsstaten må ikke betragte udstationering med henblik på at udføre en tjenesteydelse i en anden medlemsstat som en afbrydelse af den udstationerede arbejdstagers ophold eller virksomhed og ikke nægte den udstationerede arbejdstager genindrejse på dens område i medfør af deres nationale lovgivning.

Oprindelsesmedlemsstaten skal så hurtigt som muligt efter anmodning fra udstationeringsmedlemsstaten give denne oplysninger om og garantier for overholdelsen af de i første afsnit fastsatte bestemmelser og iværksætte passende sanktioner, hvis disse bestemmelser ikke overholdes.

2004-udkastet har i sin fortale en nærmere forklaring på hva som ligger i disse bestemmelser:

- udstationering af arbejdstagere. De gældende arbejds- og ansættelsesvilkår ved udstationering af arbejdstagere er reguleret i direktiv 96/71/EF, som bestemmer, at visse bestemmelser i det land, arbejdstageren er udstationeret i, finder anvendelse. For at sikre, at direktivforslaget er i overensstemmelse med nævnte direktiv, er det fastsat i artikel 17 i direktivforslaget, at disse bestemmelser er undtaget fra oprindelseslandsprincippet. For at lette den frie udveksling af tjenesteydelser og gennemførelsen af direktiv 96/71/EF præciserer forslaget opgavefordelingen mellem oprindelseslandet og udstationeringsmedlemsstaten og de administrative kontrolprocedurer (artikel 24).

- godtgørelse af udgifter til lægebehandling. Direktivforslaget behandler spørgsmålet om, hvorvidt kravet om en forhåndstilladelse som betingelse for at godtgøre udgifter til lægebehandling, der er afholdt i en anden medlemsstat, er foreneligt med princippet om fri udveksling af tjenesteydelser. Forslaget følger på dette punkt (artikel 23) sontringen mellem hospitalsbehandling og anden behandling end hospitalsbehandling som fastlagt i Domstolens retspraksis. I de tilfælde, hvor en sådan forhåndstilladelse er berettiget, påpeges i forslaget de nærmere betingelser for tilladelse i overensstemmelse med Domstolens retspraksis. Der er på højt plan rejst en række mere generelle spørgsmål om patientmobilitet og udviklingen i sundhedssektoren i EU, bl.a. om patienters rettigheder og pligter, om hvordan man fremmer samarbejdet mellem sundhedssystemer, giver patienterne, de erhvervsdrivende og de politiske beslutningstagere relevante oplysninger og sikrer adgangen til og kvaliteten af lægebehandling på tværs af grænserne, om virkningerne af udvidelsen og i bredere forstand, om hvordan man forbedrer retssikkerheden og forener de nationale målsætninger med fællesskabsforpligtelserne på dette område. Kommissionen vil i foråret 2004 forelægge en meddelelse om en overordnet strategi til behandling af spørgsmålet om patientmobilitet og lægebehandling sammen med forslag, der tager hensyn til de anbefalinger, der er fremsat i forbindelse med overvejelserne på højt plan.

At utstasjonering ikke helt er fjernet fra tjensteddirektivets rekkevidde får vi en viss anelse om i fortalen til 2006-direktivet. Det heter her følgende:

(86) Dette direktiv bør ikke berøre de arbeids- og ansættelsesvilkår, der i henhold til direktiv 96/71/EF finder anvendelse på arbeidstagere, der udstationeres på en anden medlemsstats område for at udføre en tjensteydelse dér. I sådanne tilfælde skal tjensteyderne i henhold til direktiv 96/71/EF overholde arbeids- og ansættelsesvilkårene på en række nærmere angivne områder, som er gældende i den medlemsstat, hvor tjensteydelsen udføres. Der er tale om følgende områder: maksimal arbejdstid og minimal hviletid, mindste antal betalte feriedage pr. år, mindsteløn, herunder overtidsbetaling, betingelserne for tilrådighedsstillelse af arbeidstagere, især beskyttelse af arbeidstagere, der stilles til rådighed via vikarbureauer, sundhed, sikkerhed og hygiejne på arbejdspladsen, beskyttelsesforanstaltninger med hensyn til arbeids- og ansættelsesvilkår for gravide kvinder og kvinder, der lige har født, samt for børn og unge, ligebehandling af mænd og kvinder samt andre bestemmelser vedrørende ikke-forskelsbehandling. Dette gælder ikke kun arbeids- og ansættelsesvilkår, der er fastsat ved lov, men også vilkår fastsat i kollektive aftaler eller voldgiftskendelser, der er offentliggjort eller de facto finder generel anvendelse som defineret i direktiv 96/71/EF. Herudover bør dette direktiv ikke forhindre medlemsstaterne i at anvende arbeids- og ansættelsesvilkårene på andre områder end dem, der er anført i artikel 3, stk. 1, i direktiv 96/71/EF, når det er begrundet i hensynet til den offentlige orden.

(87) Dette direktiv bør heller ikke berøre arbeids- og ansættelsesvilkårene i tilfælde, hvor en arbejdstager, der er ansat til at udføre en grænseoverskridende tjensteydelse, ansættes i den medlemsstat, hvor tjensteydelsen udføres. Endelig berører dette direktiv ikke den ret, som de medlemsstater, hvor tjensteydelsen udføres, har til at afgøre, om der foreligger et ansættelsesforhold, og bestemme sondringen mellem selvstændige erhvervsdrivende og arbeidstagere, herunder "falske selvstændige erhvervsdrivende". I denne forbindelse er det væsentligste kendetegn ved et ansættelsesforhold i henhold til traktatens artikel 39 ifølge Domstolens praksis den omstændighed, at en person i en vis periode præsterer ydelser mod vederlag for en anden og efter dennes anvisninger; enhver beskæftigelse, som udøves af en person, der ikke er i et underordningsforhold, skal betragtes som selvstændig erhvervsvirksomhed i henhold til traktatens artikel 43 og 49.

Det er to setninger her som tiltrekker seg særlig oppmerksomhet: For det første modifikasjonen om at "[h]erudover bør dette direktiv ikke forhindre medlemsstaterne i at anvende arbeids- og ansættelsesvilkårene på andre områder end dem, der er anført i artikel 3, stk. 1, i direktiv 96/71/EF, når det er begrundet i hensynet til den offentlige orden". For det annet passusen om at tjensteddirektivet ikke gjelder en arbeidstaker "der er ansat til at udføre en grænseoverskridende tjensteydelse, ansættes i den medlemsstat, hvor tjensteydelsen udføres."

For å ta det siste først; direktivet unntar arbeidstaker som har ansettelsesforhold med en arbeidsgiver som driver tjensteyting og som i denne sin stilling settes til å levere en grenseoverskridende tjensteytelse, dersom hans ansettelse skjer i vertslandet. Altså, kommer tjensteddirektivet til anvendelse dersom den utførende person ansettes i det land der han skal utføre ytelsen – selv om selskapet har sitt hovedkontor i en annen medlemsstat. Selskapet som driver grenseoverskridende tjensteytelse lar person opptre på deres vegne i den stat som han bor i og som også er stedet for tjensteytelsen. En person som i vertsstaten hyres inn for et konkret oppdrag for der å utføre dette skal underlegges tjensteddirektivet.

Viktigere enda er vilkåret om at utførende person skal stå i et ansettelsesforhold for at unntaket fra tjensteddirektivet skal komme til anvendelse. Personer som opptre som

selvstendige oppdragsmottakere er ikke i noe ansettelsesforhold og er derfor ikke omfattet av disse garantier. Slik jeg ser det kan arbeidsgivere således omgå brysomme nasjonale krav for utlendinger ved å omdefinere ytelsene fra arbeidstaking og til selvstendige tjenesteytere.

2. Åpner tjensteddirektivet for privatisering og liberalisering?

Annen nestleder John Leirvaag i Norsk tjenstemannslag (NTL) uttaler at "EU kan kreve at vi åpner opp for private tjenesteytelser på områder vi mener er offentlige oppgaver".¹²⁰ Det er ikke presisert hva denne angivelige plikt til privatisering nedfeller seg i. Tilsynelatende stemmer en slik uttalelse dårlig med 2006-direktivet. Og selv om tjensteddirektivet kommer til anvendelse på offentlige ytelser, hvor står det skrevet at medlemsstatene derved tilpliktes å privatisere og liberalisere slike offentlige ytelser?¹²¹

Snarere tvert imot synes direktivteksten å garantere mot en slik utvikling. I artikkel 1 nr. 2 heter det: "Dette direktiv vedrører hverken liberalisering af tjensteydelser af almen økonomisk interesse, der er forbeholdt offentlige eller private enheder, eller privatisering af offentlige enheder, der udfører tjensteydelser". En nærliggende kommentar til dette er at ja, korrekt, det er ikke "dette" direktivet som leder til privatisering og liberalisering. Disse konsekvenser følger allerede av EF-traktatens regler, slik de har utviklet seg de siste decennier.¹²² Men er dette egentlig tilstrekkelig? Gjelder ikke den ulovfestede EU-retten, og i så fall; dersom formuleringer i direktivet skulle ha noen verdi må det ikke da erklæres at privatisering osv. ikke skal skje?

Mens jeg lar dette være foreløpig ubesvart, skal jeg ta stilling til om direktivet er garantist for at offentlige tjenesteytelser kan forbli offentlige iht. medlemssatens evt. ønske. Det er nemlig det som er spørsmålet dersom rettstilstanden ellers etter EU-retten er at offentlige monopoler eller konsesjonsordninger anses diskriminerende eller ellers er i strid med fundamentale traktatregler.

Jeg skal her kikke på liberaliserings- og privatiseringsproblemet slik det fortoner seg i tjensteddirektivet.

• Områder som er "forbeholdt" noen

Hva menes med "af almen økonomisk interesse", som er "forbeholdt" noen især? De tjenesteytelser som det er snakk om skal være forbeholdt det offentlige eller private aktører. Hvordan fremkommer et slikt gyldig forbehold? Henspeiler dette på "utøverne av de liberale yrker"? Betyr dette at yrkesutøvelsen er beskyttet for eksempel gjennom autorisasjon direkte i lov, eller er det tilstrekkelig at virksomheten er hjemlet i lov, slik tilfelle er i de mange næringsreguleringer? Må det lovhemmel til? Dvs. dersom slikt gyldig forbehold ikke foreligger, vil EU kunne kreve at private skal kunne delta på lik linje med offentlige aktører?

Siden dette ikke er presisert i selve lovteksten må vi søke støtte i fortalen (preambelet) og andre forarbeider, særlig uttalelsene om forhåndsgodkjenning av næring og erverv. I direktivets preambel nr. 10c finner en følgende formulering: "Udelukkelsen af sundhedsydelser omfatter sundhedsydelser og farmaceutiske tjenester, der udføres af fagfolk i sundhedssektoren over for patienter med henblik på at vurdere, vedligeholde eller rehabilitere deres sundhedstilstand, når sådanne aktiviteter er forbeholdt et lovreguleret erhverv i den medlemsstat, hvor ydelserne udføres".

¹²⁰ Tjenestemannsbladet nr. 10 – desember 2006 s. 49.

¹²¹ Liberalisering er betegnelsen på at næringer som er lukket og forbeholdt noen få gjennom konsesjoner, åpnes. Privatisering kalles det når statlige virksomheter åpnes for privat kapital eller slike nedlegges og virksomheten outsources. Kravene gjelder dels for liberaliseringen og dels for både liberalisering og privatisering (kulepunkt nr 2).

¹²² Jeg viser her til Peter Ørebech, EØS-avtalens artikkel 125, med særlig vekt på diskusjonen i NOU 2004: 26 Hjemfall, Lov og rett (2006) se særlig s. 40 flg. – utviklingen av EF-traktaten artikkel 295.

Dette gjelder kun helsetjenester, vil kanskje noen si, og angår ikke nødvendigvis tjenesteyting generelt. En slik innvending er ikke holdbar fordi dette kun er en illustrasjon av en generell rettstilstand. Dette fremkommer i preambelet nr. 41c: "Bestemmelsen om fri utveksling af tjenesteydelser finder ikke anvendelse i tilfælde, hvor en aktivitet i en medlemsstat i overensstemmelse med fællesskabsretten er forbeholdt et bestemt erhverv, f.eks. kravet om, at juridisk rådgivning er forbeholdt advokater." Selv om det ikke sies direkte her er det klart at "forbeholdt" betyr lovfestet. I følge legalitetsprinsippet kan ingen forbys å utøve næringsdrift uten hjemmel i lov.

I advokattilfellet er det sågar slik at det nasjonale lovhjemlede forbehold skal være i samsvar med EU-retten regler. Dvs. at en nasjonal ordning kan ikke gyldig stride mot samsvarsvurderinger om likeverdighet i utdanninger og profesjonsstudier, jf. her for eksempel Rådets direktiv 77/249/EØF som skal forenkle advokaters muligheter for å utveksle tjenesteytelser over landegrensene og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/36/EF om anerkendelse af erhvervsmæssige kvalifikationer.¹²³

Virksomheter som tjenestedirektivet omtaler som forbeholdt visse grupper av personer eller institusjoner gir kun gyldig reservasjon mot tjenestedirektivet dersom disse er lovfestet. Vi ser altså at virksomhet som ikke kan liberaliseres iht. tjenestedirektivet er slike som er lovfestet. Annen virksomhet kan liberaliseres. Men forbeholdt-kravet er ikke det eneste som må være oppfylt.

• Skillet almen økonomisk interesse, økonomiske hensyn og forsyningsplikt?

For at et medlemsland skal kunne motstå EUs liberaliseringskrav skal det altså være en virksomhet som reserveres for noen iht. lov. Det er en rekke yrker som har sitt profesjonsvern i lov, for eksempel helsepersonell, veterinærer, leger, advokater, meklere, m.f. Det er ikke reservert iht. lov dersom virksomheten er konsesjonert, forbudt generelt, men åpnet for noen især gjennom spesielle tillatelser.

Det andre vilkår som gjelder både for liberalisering og privatisering, må være tilfredsstilt for at unntaket fra liberaliseringskrav (fra EU) er gyldig, er at ytelsen ikke er av "almen økonomisk interesse". Hva går de andre krav ut på? I fortalen til artikkel 1 presiseres det at

"ændringsforslag ... vedrørende artikel 1 og 2 og de dertil hørende betragtninger præciserer, at tjenesteydelser af almen økonomisk interesse er omfattet af direktivets anvendelsesområde, men at direktivet ikke indebærer en liberalisering af dem eller en privatisering af offentlige organer, der leverer sådanne tjenesteydelser, ligesom direktivet heller ikke vedrører finansiering deraf eller statsstøtte til dem."¹²⁴

Dette synes å avgjøre saken. Riktignok er det slik at offentlige tjenesteytelser som utføres av økonomiske hensyn er omfattet av direktivet, men det er medlemsstatene herunder Norge dersom vi godtar direktivet, som selv bestemmer om visse tjenesteytelser skal privatiseres eller liberaliseres, så fremt virksomheten reserveres noen i et nasjonalt lovverk.

Når vi likevel ikke kan slå oss til ro med dette, skyldes det at sitatet kun skriver seg til slike forhold som kan karakteriseres som "forsyningspligtydelser". Dette er klargjort i direktivet artikkel 2 nr. 1 litra a), som riktignok bruker betegnelsen "ikke-økonomiske tjenesteydelser af almen interesse", uten at det forandrer meningen. Vi må altså finne ut hva dette er. Holdepunkter må vi søke i 4. april 2006-utkastets fortale, se betraktning nr. 7a der det heter at:

¹²³ Se EUT L 255 af 30.9.2005, s. 22.

¹²⁴ Se 4. april 2006 utkastet (Komisjonenens bemerkninger til EU-parlamentets endringsforslag) pkt. 3.1.

“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.”

Omfanget av tjenesteytelser som faller innenfor direktivet konkretiseres gjennom eksempler fra tjenesteyting innen transport og post (som er anskuelig for forståelsen av begrepet selv om dette faller utenfor tjenstedirektivet, men innenfor andre direktiver). Dette omfatter ytelser som samfunnet ikke kan klare seg uten, jf. omtalen av slike ytelser som “måtte findes”. Dvs. ytelser som er nødvendige for et funksjonelt samfunn. Altså, økonomiske hensyn kan godt være involvert selv om forbrukere ikke betaler for ytelsen (i øyeblikket).

Det omtales her ulike forhold ved ytelser som må holdes atskilt. For det første ytelser av “almen økonomisk interesse”. For det annet forhold som er “forsyningspligtydelser”, som altså omhandles i direktivet ved hjelp av det mer tungvinte uttrykket “ikke-økonomiske tjenesteydelser af almen interesse”. Slik bestemmelsen må leses er tjenesteytelser av “almen økonomisk interesse” per definisjon “tjenesteydelser, der udføres af økonomiske hensyn”, og følgelig innenfor tjenstedirektivet. Dvs. at domstolen ikke har noe skjønn her og kan således ikke stille spørsmålstegn ved om offentlige tjenesteytelser av almen økonomisk interesse faller innenfor tjenstedirektivet, se artikkel 2 jf. artikkel 4 nr.1 (anvendelsesområde og definisjoner): de der omhandlede tjenesteytelser omfatter “enhver selvstendig erhvervs-virksomhed, der *normalt* udføres mod betaling, jf. traktatens artikel 50” (uth.her), dvs. slike som er motivert av økonomiske hensyn.

For det første spørres det etter normaltstanden, ikke hva medlemslandet gjør eller bestemmer seg for å gjøre. Dersom en virksomhet normalt utføres mot betaling er det tjenesteytelse som omfattes av direktivet uansett hva medlemslandet treffer av vedtak. For det annet: Betalingskriteriet står sentralt når vi skal avgjøre hva som har falle innenfor tjenstedirektivet. At det står sentralt er klart, det er imidlertid ikke avgjørende. Det er en viktig brikke i puslespillét, som imidlertid ikke kan endelig legges uten etter bistand fra EF-domstolen i det enkelte tilfelle. Vi kan således ikke helt ut forutberegne rettstilstanden uten å kjenne EF-domstolens rettspraksis: Dette er også EUs lovgivende organers standpunkt, se fortalen nr. 16 (referert i pkt. 3). Som det her fremgår følger tjenstedirektivet EF-domstolens praksis. Vi kan derfor konkludere med at under enhver omstendighet gjelder at det til syvende og sist er EF-domstolen som avgjør hva som omfattes av tjenstedirektivet.

De som ønsker et unntak fra en eller annen EU-regulering må uttale seg klart, siden unntak fortolkes innskrenkende, mens hovedregler tolkes utvidende (se kap. 1 D).

Selv om offentlige tjenesteytelser faller innenfor direktivet, er det ikke derved sagt at privatisering eller liberalisering skal skje. Avgjørende her er om tjenstedirektivet som sådan åpner for en slik utvikling. Konkret; kan det forhold at offentlige tjenesteytelser er omfattet av tjenstedirektivet medføre at for eksempel biblioteksytelser må privatiseres eller liberaliseres?

Vi kan således konkludere med at den eneste sikre skanse mot privatisering og liberaliseringskrav er at offentlige tjenesteytelser kvalifiserer som “forsyningspligtydelser”.

Hva er så dette, og hvem bestemmer i så fall om noe er slik forsyningspliktytelse?

- **Kun forsyningspliktytelser**

Privatiseringsspørsmålet leder oss over i neste problemstilling, hva faller utenfor tjensteddirektivet? Det er gjort et poeng av at 2006-versjonen er mindre vidtrekkende enn 2004-utgaven av direktivet materielt sett. Stemmer det?

Som vist i forrige kulepunkt er det for det første klart at det skal være en betaling inne i bildet: Uten kjøp er det heller ingen virksomhet som omfattes av traktatens regler om tjensteytelser. I 2004-versjonen fortalen betraktning 16 heter det at "[b]etalingskriteriet er ikke oppfylt i forbindelse med de former for virksomhet, staten utfører uten økonomisk modydelse som led i sine oppgaver på det sociale, kulturelle, uddannelsesmæssige og retslige område. Disse former for virksomhet er ikke omfattet af definitionen i traktatens artikkel 50 og falder derfor ikke ind under dette direktivs anvendelsesområde". Som vist i denne passussen er hensikten med tjensteddirektivet også her å kodifisere en rettstilstand som allerede er nedfelt gjennom rettspraksis. Betalingskriteriet er benyttet i tjensteddirektivet fordi det følger av traktaten artikkel 50. Utover det kan en simpelthen ikke gå.

Hva omfatter så dette unntaket for forsyningsforpliktelser? I direktivets betraktning nr. 17 (2006) heter det at "Dette direktiv vedrører ikke opfølgningen af Kommissionens hvidbog om forsyningspligtydelser." Noe mer håndfast får vi ikke i 2006-reglene.

Går vi derimot til 2004-utkastet heter det følgende: "Dette omfatter ikke forsyningspligtydelser af ikke økonomisk interesse, men alene tjensteydelser af almindelig økonomisk interesse". Et stikkord her er ikke-økonomisk interesse. Noen nærmere avgrensning gis ikke her, men det er ikke avgjørende fordi 2004-utkastet overlater til medlemsstaten selv å avgjøre hva en definerer som forsyningspliktytelser: "Selv på de områder, hvor direktivet finder anvendelse, berører det ikke medlemsstaternes frihed til at bestemme, hvad de ønsker at betragte som forsyningspligtydelser, og hvordan disse skal fungere. Bl.a. anfægter direktivet ikke medlemsstaternes frihed til selv at tilrettelægge den offentlige radio- og tv-virksomhet, jf. den til traktaten knyttede protokoll om offentlig radio- og tv-virksomhet i medlemsstatene".

Noen slik forsikring har en ikke fått i 2006-direktivet. I og med at forsyningspliktytelser – som nå er gitt betegnelsen "ikke-økonomiske tjensteydelser af almen interesse" – har en (riktignok indirekte) tekstuell forankring i 2006-direktivet, er innholdet og anvendelsen av dette forhold nå overlatt til EU, dvs. i siste instans EF-domstolen. I dette tilfelle er det klart at det er EF-domstolen som dømmer fordi alle saker vedrørende fortolkning av EU-retten – *acquis communautaire* – henhører under Domstolen. Avgjørelsen av hva som er innholdet i begrepet forsyningspliktytelser bestemmes således ikke lengre av vedkommende medlemsstat slik uttrykkelig sagt i 2004, men under EF-domstolen, jf. reglene om henvisningstolkning i EF-traktaten artikkel 234 (EF-domstolens kompetanse til å avgjøre prejudisielle spørsmål).

3. Er det noe som faller utenfor tjensteddirektivet? Generelt

Utgangspunktet er at det er unntaket som skal nevnes og begrunnes: "Kommissionen er af den opfattelse, at enhver undtagelse fra direktivets anvendelsesområde skal defineres klart for at sikre så stor retssikkerhet som muligt og for at undgå divergerende fortolkninger i medlemsstatene".¹²⁵ Dersom unntak ikke er eksplisitt nevnt, gjelder hovedregelen om at tilfellet følger tjensteddirektivet.¹²⁶

Her – på generelt grunnlag – skal det også bemerkes at intet direktiv, ei heller

¹²⁵ Se 4. april 2006 utkastet s. 4. Uttalelsen finnes ikke i T2006, men er likevel gjeldende rett iht. domspraksis.

¹²⁶ Dette er i overensstemmelsen med EF-domstolens praksis, jf. ovenfor kapittel 1 D.

tjenestedirektivet kan sette seg ut over de rammer som EF-traktaten oppstiller: For tjenesteyting gjelder at EU ikke kan gå lengre enn det som følger av EF-traktaten artikkel 50, rettsriktig fortolket (se betraktning 34):

"I henhold til Domstolens praksis skal det vurderes i hvert enkelt tilfælde, om bestemte former for virksomhed, navnlig virksomhed, der finansieres af det offentlige eller udføres af offentlige enheder, udgør en "tjenesteydelse", og vurderingen skal bygge på samtlige virksomhedens egenskaber, navnlig den måde, hvorpå den udføres, tilrettelægges og finansieres i den pågældende medlemsstat. Domstolen har fundet, at betalingskriteriet i alt væsentligt består i, at betalingen udgør det økonomiske modstykke til de pågældende tjenesteydelser, og har erkendt, at betalingskriteriet ikke er opfyldt i forbindelse med de former for virksomhed, der udføres af eller på vegne af staten uden økonomisk modydelse i forbindelse med dennes pligter på det sociale, kulturelle, uddannelsesmæssige og retslige område, f.eks. undervisning inden for rammerne af det nationale uddannelsessystem eller forvaltning af sociale sikringsordninger, hvor der ikke udøves erhvervsaktivitet. Tjenestemodtageres betaling af et gebyr, f.eks. studerendes betaling af undervisningsgebyrer eller studieafgifter som delvist bidrag til udgifterne til driften af et system, udgør ikke i sig selv betaling, fordi tjenesteydelsen stadig hovedsagelig er finansieret af offentlige midler. Disse former for virksomhed er derfor ikke omfattet af definitionen af tjenesteydelse i traktatens artikel 50 og falder derfor ikke ind under dette direktivs anvendelsesområde."

Dette er følgelig rammeverket som gjelder i alle tilfelle av tjenesteyting.

4. Hva faller utenfor tjenestedirektivet? Ekspisitt nevnt

Jeg skal her forholde meg til bestemmelsene fra og med artikkel 1 til og med artikkel 4: "Anvendelsesområde og andre almindelige bestemmelser". Fordi Kommisjonens forklaringer er omfattende og nøyaktige kan jeg her nøye meg med å referere innholdet slik det er beskrevet i april-utkastet (2006).

"Forsyningspligtydelser. Ændringsforslag 13 og 44 og dele af ændringsforslag 72 og 289 vedrørende artikel 1 og 2 og de dertil hørende betragtninger præciserer, at tjenesteydelser af almen økonomisk interesse er omfattet af direktivets anvendelsesområde, men at direktivet ikke indebærer en liberalisering af dem eller en privatisering af offentlige organer, der leverer sådanne tjenesteydelser, ligesom direktivet heller ikke vedrører finansiering deraf eller statsstøtte til dem. Med ændringsforslag 73 præciseres det i artikel 2, at forsyningspligtydelser ikke er omfattet af direktivet. Kommissionen kan acceptere ændringsforslag 44 og de relevante dele af ændringsforslag 72 og 289. Kommissionen kan også acceptere ændringsforslag 13 og 73, men har foretaget mindre redaktionelle ændringer i ændringsforslag 73 (artikel 2) og i ændringsforslag 13 (ny betragtning 7a), hvor det forklares, at tjenesteydelser af almen økonomisk interesse - med undtagelse af bestemte, udtrykkeligt nævnte sektorer - falder ind under direktivets anvendelsesområde, da disse tjenesteydelser er af økonomisk art.

Sundhedsydelser. Med ændringsforslag 78 undtages både private og offentlige sundhedsydelser fra anvendelsesområdet, og der tilføjes en hertil svarende ændring i artikel 2. Med ændringsforslag 304 præciseres det i betragtning 10c, at denne undtagelse omfatter sundhedspleje og farmaceutiske tjenester, der ydes af fagfolk i sundhedssektoren til patienter med henblik på at vurdere, vedligeholde eller rehabilitere deres sundhedstilstand. Ændringsforslag 233/403 præciserer i artikel 1, at direktivet ikke berører

offentlige sundhedsydelser og sundhedsinstitutioners adgang til offentlige midler. Med ændringsforslag 305 indsættes der en ny betragtning 10d, hvorefter det fremgår, at direktivet ikke berører refusion af udgifter til sundhedsydelser, der er ydet i en anden medlemsstat, og det understreges, at dette spørgsmål bør være omfattet af en anden retsakt for at opnå større retssikkerhed og retlig klarhed. Kommissionen kan acceptere, at sundhedsydelser undtages fra direktivets anvendelsesområde, og bekræfter, at den vil tage et særligt initiativ vedrørende disse ydelser. Ændringsforslag 78, 304 og 305 accepteres derfor.

Ændringsforslag 233/403 om offentlige sundhedsydelser er ikke længere relevant på grund af overlappningen med definitionen i artikel 2.

Sociale tjenesteydelser. Ændringsforslag 292 vedrørende artikel 1 præciserer, at direktivet ikke vedrører tjenesteydelser, der har et velfærdsmæssigt sigte, og ændringsforslag 252 vedrørende artikel 2 undtager sociale tjenesteydelser som f.eks. socialt boligbyggeri, børnepasning og familierelaterede tjenesteydelser fra direktivets anvendelsesområde. Med ændringsforslag 294 og 296 indsættes der to nye betragtninger, som forklarer, hvad sociale tjenesteydelser er, særligt hvad angår socialt boligbyggeri, børneforsorg og familietjenester. Med ændringsforslag 295 indsættes der en ny betragtning, som præciserer, at direktivet ikke vedrører støtte til - eller de støttemuligheder, der er forbundet med - socialt boligbyggeri, eller de kriterier eller betingelser, som medlemsstaterne har fastsat for socialt boligbyggeri. Med ændringsforslag 10 tilføjes det i en anden betragtning, at direktivet ikke vedrører betingelser for adgang til offentlige økonomiske midler, f.eks. på det sociale område. Kommissionen er af den opfattelse, at enhver undtagelse fra direktivets anvendelsesområde skal defineres klart for at sikre så stor retssikkerhed som muligt og for at undgå divergerende fortolkninger i medlemsstaterne. Kommissionen har derfor omformuleret definitionen i ændringsforslag 252 (artikel 2) og slået ændringsforslag 294 og 296 sammen i en ny betragtning 10h for at præcisere, at undtagelsen fra direktivets anvendelsesområde kun vedrører de sociale tjenesteydelser, der har tilknytning til socialt boligbyggeri, børnepasning og støtte til familier og personer, og som på grund af deres samfundsmæssige interesse enten ydes af staten selv eller af tjenesteydere, som har fået til opgave af staten at udføre disse tjenesteydelser, med det formål at støtte særlig trængende personer. Heraf følger, at ændringsforslag 292 ikke er relevant.

Ændringsforslag 295 er blevet omformuleret for at præcisere, at det vedrører sociale tjenesteydelser i almindelighed og ikke blot socialt boligbyggeri. Kommissionen kan acceptere ændringsforslag 10 i dets helhed. I ændringsforslag 232 understreges den sociale betydning, som ikke-indtægtsgivende sportsudøvelse har. Det accepteres og er indføjet i en ny betragtning 16a, men med redaktionelle ændringer for at sikre tekstens retlige kohærens.

Andre sektormæssige undtagelser og fuldstændig undtagelse af beskatning. Ændringsforslag 300 og 302/332 vedrører artikel 2 og undtager henholdsvis vikarbureauer og sikkerhedstjenester fra direktivets anvendelsesområde. Betragtningerne hertil, der indføjes ved ændringsforslag 301 og 303, understreger, at bestemmelserne om disse sektorer bør harmoniseres fuldt ud. I henhold til ændringsforslag 77 undtages juridiske tjenesteydelser fra direktivets anvendelsesområde, i det omfang de er omfattet af andre fællesskabsinstrumenter. Ændringsforslag 79, 80 og 81 vedrørende artikel 2 og ændringsforslag 16, 17 og 18 vedrørende de dertil hørende betragtninger undtager fra direktivets anvendelsesområde audiovisuelle tjenesteydelser - uanset deres produktions-, distributions- og transmissionsform - spilleaktiviteter og erhverv og virksomhed, der er forbundet med udøvelse af offentlig myndighed, navnlig notarvirksomhed. Kommissionen kan acceptere, at vikarbureauers tjenesteydelser og private sikkerhedstjenester som anført i ændringsforslag 300 og 302/333 undtages fra direktivets anvendelsesområde. Behovet for en fuldstændig harmonisering vedrørende vikarbureauer og sikkerhedstjenester er

imidlertid ikke dokumenteret, og Kommissionen kan derfor ikke acceptere ændringsforslag 301 og 303. Kommissionen accepterer ikke ændringsforslag 77 om, at juridiske tjenesteydelser ikke skal være omfattet.

Ændringsforslaget er ikke nødvendigt, da det i artikel 3 allerede er fastsat, at hvis der er konflikt mellem bestemmelserne i servicedirektivet og en bestemmelse i et andet fællesskabsinstrument, der regulerer særlige aspekter af servicevirksomheden, har det andet fællesskabsinstrument forrang. Hvad angår audiovisuelle tjenesteydelser kan Kommissionen acceptere, at de i overensstemmelse med ændringsforslag 79 undtages, og Kommissionen har omformuleret ændringsforslag 19 (ny betragtning 10e) for at bringe det i overensstemmelse med ændringen af artiklen og for at præcisere, at direktivet ikke finder anvendelse på støtte inden for den audiovisuelle sektor, som er omfattet af Fællesskabets konkurrencebestemmelser. Kommissionen accepterer også indholdsmæssigt, at spilleaktiviteter ikke skal være omfattet af direktivet, men har foretaget redaktionelle ændringer i ændringsforslag 17 og 80 for klart at begrænse undtagelsen til spilleaktiviteter som sådan. Kommissionen kan kun delvist acceptere ændringsforslag 18 og 81 vedrørende erhverv og virksomhed, der er forbundet med udøvelse af offentlig myndighed, og har ensrettet ordlyden af denne undtagelse med de præcise begrænsninger i EF-traktatens artikel 45, som fastsætter en undtagelse fra etableringsretten og den frie udveksling af tjenesteydelser for særlige former for virksomhed, som indebærer direkte og specifik udøvelse af offentlig myndighed, og ikke for hele erhverv som sådan.

Kommissionen kan acceptere, at skatte- og afgiftsområdet slet ikke skal være omfattet, jf. ændringsforslag 82 vedrørende artikel 2 og ændringsforslag 19 (betragtning 11). Ændringsforslag 14, 15, 20, 74, 75 og 306 vedrører undtagelser af bestemte sektorer (i artikel 2 og de dertil hørende betragtninger) som oprindeligt foreslået, nemlig finansielle tjenesteydelser, elektroniske kommunikationstjenester og transporttjenester, men indebærer en yderligere præcisering. Kommissionen kan acceptere ændringsforslag 14, 15, 20, 74 og 306 i deres helhed eller med redaktionelle ændringer for at sikre tekstens retlige kohærens (jf. artikel 2 og betragtning 9, den nye betragtning 10a og den nye betragtning 10b), men ikke ændringsforslag 75, fordi betragtning 10a allerede indeholder den relevante redegørelse vedrørende telekommunikationstjenester. Særlige retsområder. Med ændringsforslag 298 vedrørende artikel 1 præciseres direktivets tilknytning til de grundlæggende rettigheder, der anerkendes i medlemsstaterne og i EU's charter om grundlæggende rettigheder, og med ændringsforslag 299 indføres der en ny betragtning, hvori det fastslås, at direktivet bør fortolkes således, at der skabes overensstemmelse mellem udøvelsen af de grundlæggende rettigheder og de grundlæggende friheder i traktatens artikel 43 og 49. Med ændringsforslag 8 præciseres det, at direktivet fuldt ud respekterer EF-initiativer med hjemmel i traktatens artikel 137 vedrørende fremme af beskæftigelsen og forbedring af leve- og arbejdsvilkårene. I henhold til ændringsforslag 297 vedrørende artikel 1 og ændringsforslag 9 vedrørende betragtningen hertil skal direktivet ikke finde anvendelse på eller berøre arbejdsretlige regler, dvs. enhver form for retlige eller kontraktlige bestemmelser vedrørende ansættelsesvilkår og arbejdsforhold, herunder sundhed og sikkerhed på arbejdspladsen, og forholdet mellem arbejdstagere og arbejdsgivere, ligesom det fuldt ud skal respektere retten til at gennemføre faglige aktioner og heller ikke skal berøre medlemsstaternes lovgivning om social sikring. I henhold til ændringsforslag 290 vedrørende artikel 1 og ændringsforslag 291 (betragtning) skal direktivet ikke berøre strafferetten. Ændringsforslag 7 og en del af ændringsforslag 72 præcisere, både i en betragtning og i artikel 1, at direktivet ikke berører de bestemmelser, som medlemsstaterne i overensstemmelse med fællesskabsretten har truffet for at beskytte eller fremme den kulturelle eller sproglige mangfoldighed eller mediepluralismen. Kommissionen kan med hensyn til de grundlæggende rettigheder acceptere ændringsforslag 298, men med redaktionelle ændringer for at sikre tekstens retlige

kohærens, og ændringsforslag 299 i dets helhed. Kommissionen er enig i, at direktivet som anført i ændringsforslag 297 ikke berører arbejdsretlige bestemmelser, herunder retten til at gennemføre faglige aktioner, samt medlemsstaternes lovgivning om social sikring. For at sikre tekstens retlige kohærens og for at gøre den klarere og lettere forståelig har Kommissionen imidlertid omformuleret ændringsforslag 297 og 298, således at arbejdsret er behandlet i artikel 1, stk. 6, og spørgsmålet om grundlæggende rettigheder, herunder rettigheder i tilknytning til kollektive aftaler, i artikel 1, stk. 7. Med hensyn til strafferet kan Kommissionen acceptere ændringsforslag 290, hvori det præciseres, at direktivet ikke berører strafferetlige bestemmelser, og ændringsforslag 291 (ny betragtning 6e), dog med redaktionelle ændringer for yderligere at præcisere, at strafferetlige regler ikke må misbruges med henblik på at omgå de bestemmelser, der er fastsat i direktivet.

Med hensyn til beskyttelse eller fremme af den kulturelle eller sproglige mangfoldighed eller mediepluralismen kan Kommissionen acceptere ændringsforslag 7 i dets helhed og har foretaget redaktionelle ændringer i den relevante del af ændringsforslag 72 for at sikre tekstens retlige kohærens. Endelig kan Kommissionen acceptere ændringsforslag 8 i dets helhed (ny betragtning 6f).¹²⁷

I 2004-direktivet pkt 7a) er det angitt hvilke former for tjenesteydelser som faller utenfor reglene slik det den gang lød.

”Direktivet finder ikke anvendelse på finansielle tjenesteydelser, da denne form for virksomhed allerede er omfattet af en overordnet politik (handlingsplanen for finansielle tjenesteydelser), der er ved at blive iværksat, og som tager sigte på at nå det samme mål som direktivforslaget, dvs. at gennemføre et egentligt indre marked for tjenesteydelser. Af samme grund finder direktivet heller ikke anvendelse på elektroniske kommunikationstjenester og -netværk, for så vidt angår de aspekter, der er reguleret ved direktiverne i ”telepakken”, der blev vedtaget i 2002 (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/19/EF, 2002/20/EF, 2002/21/EF, 2002/22/EF og 2002/58/EF). Da transporttjenester allerede er omfattet af en række specifikke fællesskabsinstrumenter på dette område, bør transporttjenester udelukkes fra dette direktivs anvendelsesområde, i det omfang de er underlagt andre fællesskabsinstrumenter baseret på traktatens artikel 71 eller artikel 80, stk. 2. Direktivet finder ikke anvendelse på beskatningsområdet, som har en særskilt hjemmel. I overensstemmelse med Domstolens retspraksis kan visse foranstaltninger på skatte- og afgiftsområdet, der ikke er omfattet af et fællesskabsinstrument, dog være begrænsninger i strid med traktatens artikel 43 (etableringsretten) og 49 (den frie udveksling af tjenesteydelser), særlig fordi de virker diskriminerende. Derfor er foranstaltninger på skatte- og afgiftsområdet, der ikke henhører under et fællesskabsinstrument, omfattet af det foreslåede direktivs artikel 14 (forbudte krav i forbindelse med etableringsfriheden) og 16 (oprindelseslandsprincippet i forbindelse med den frie udveksling af tjenesteydelser).

Endelig skal det bemærkes, at direktivet ikke finder anvendelse på virksomhed, der er omfattet af traktatens artikel 45. Denne artikel bestemmer udtrykkeligt, at kapitlet om etableringsretten og tjenesteydelser (ved henvisningen i traktatens artikel 55) ikke finder anvendelse på virksomhed, som direkte og specifikt er forbundet med udøvelse af offentlig myndighed.”

¹²⁷ 4. april 2006 utkastet pkt. 3.1.

Finansielle tjenester – dvs. ”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 anført i bilag I til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/12/EF om adgang til at optage og udøve virksomhed som kreditinstitut”¹²⁸ – faller utenfor tjenstedirektivet. Disse faller inn under andre harmoniserte ordninger¹²⁹ som i all hovedsak følger EF-domstolens rettspraksis,¹³⁰ som det imidlertid vil føre for langt å gjennomgå her. Mht. finansytelsene kan det imidlertid passe med et sitat fra Financial Times, som illustrerer at det forhold at et tilfelle av tjenesteytelse faller utenfor tjenstedirektivet ikke derved er ensbetydende med at medlemsstatene beholder mer selvbestemmelse over tjenesteytelsen. Det vil ikke sjelden være motsatt: Direktiver med særlige ordninger går faktisk lengre enn tjenstedirektivet gjør – og er således mer brysomt enn tjenstedirektivet:

“Two elements form the core of Mifid: first, investment companies will have the right to offer services across the union's 25 member states based on the regulations of their home country supervisor alone. Second, the law allows banks to compete head-to-head with regulated stock exchanges by matching orders from clients that wish to trade shares or bonds in-house.

Brussels hopes that these changes – coupled with greater harmonisation of many rules – will bring about increased competition and drive down prices for consumers. It has given companies until November 2007 to implement the rules”.¹³¹

5. Unntak for arbeidsrettslige regler og grunnleggende rettigheter?

LO har vektlagt at tjenstedirektivet unntar arbeidsretten fra sitt område: ”innførte generelle unntak for arbeidsrettslige regler og grunnleggende rettigheter – herunder retten til arbeidskamp”. Hvis det menes at arbeidsrettslige ordninger vil være som før direktivet ble vedtatt, så synes ikke dette å være noen urimelig tolkning av en tekst som lyder slik: ”Dette direktiv berører ikke de arbeidsrettslige regler, dvs. enhver form for rettlige eller kontraktlige bestemmelser vedrørende ansættelsesvilkår, arbeidsforhold, herunder sundhet og sikkerhet på arbeidsplassen, og forholdet mellom arbeidstagere og arbeidsgivere, som medlemsstatene anvender i overensstemmelse med fællesskabsretten. Dette direktiv berører heller ikke medlemsstaternes lovgivning om social sikring” (tjenstedirektivet av 2006 artikkel 1 (6)).

Dersom LO oppfattes slik at en med avklaringen i direktivet også svarer på om norsk arbeidsrett kommer til anvendelse på de tjenester som ytes her i landet, kan det spørres om dette er korrekt. EF-traktaten har et skille mellom bl.a. fri flyt av arbeidskraft og fri flyt av tjenester. En kan ikke uten nærmere undersøkelse anta at nasjonal arbeidsrett kommer til anvendelse på forhold som faller inn under tjenesteytingskapitlet. Er ikke fri flyt av tjenester underlagt andre rettslige regimer enn fri flyt av arbeidskraft? Kan da nasjonal arbeidsrett komme til anvendelse på ytelser som må karakteriseres som tjenester?

Forholdet til arbeidsretten var omdiskutert. I 2004 het det seg at ”Direktivet har ikke til formål at behandle arbeidsrettslige spørsmål som sådan” (betraktning 58). Dette er uklart. Hva er arbeidsrett som sådan? Kan noe som ikke har til hensikt å behandle noe likevel angå det? EU-parlamentet bemerket:

¹²⁸ T2006 betraktning 18.

¹²⁹ ”Etablering af en ramme for de finansielle markeder: en handlingsplan”. KOM(1999) 232 av 11.5.1999.

¹³⁰ Dom af 26. april 1988, sak 352/85, Bond van Adverteerders, premiss 16, dom af 27. september 1988, sak 263/86, Humbel, premis 17, dom av 11. april 2000, forenede saker C-51/96 og C-191/97, Deliège, premiss 56, og dom af 12. juli 2001, sak C-157/99, Smits og Peerbooms, premiss 57.

¹³¹ ”EU to unveil financial shake-up”, Financial Times February 5, 2006.

”I henhold til ændringsforslag 297 vedrørende artikel 1 og ændringsforslag 9 vedrørende betragtningen hertil skal direktivet ikke finde anvendelse på eller berøre arbejdsretlige regler, dvs. enhver form for retlige eller kontraktlige bestemmelser vedrørende ansættelsesvilkår og arbejdsforhold, herunder sundhed og sikkerhed på arbejdspladsen, og forholdet mellem arbeidstagere og arbejdsgivere, ligesom det fuldt ud skal respektere retten til at gennemføre faglige aktioner og heller ikke skal berøre medlemsstaternes lovgivning om social sikring”.¹³²

Her er ”ikke til formål at behandle” blitt til ”ikke finde anvendelse på eller berøre”. Direktivet skal ikke berøre de arbeidsrettslige regler. Dette standpunkt er utdypet og noe modifisert av Kommisjonen.

”Kommissionen er enig i, at direktivet som anført i ændringsforslag 297 ikke berører arbejdsretlige bestemmelser, herunder retten til at gennemføre faglige aktioner, samt medlemsstaternes lovgivning om social sikring. For at sikre tekstens retlige kohærens og for at gøre den klarere og lettere forståelig har Kommissionen imidlertid omformuleret ændringsforslag 297 og 298, således at arbejdsret er behandlet i artikel 1, stk. 6, og spørgsmålet om grundlæggende rettigheder, herunder rettigheder i tilknytning til kollektive aftaler, i artikel 1, stk. 7.”¹³³

”Ikke berører”, er stikkordet. Men hva skal så dette bety? Er det ensbetydende med at tjenstedirektivet er indifferent mht. arbeidrettens regler – dvs. påvirker ikke disse? Arbeidsretten er som den var og vil ikke bli influert av at det vedtas et tjenstedirektiv. Eller menes det at arbeidsrettslige regler ikke kommer til anvendelse på forhold som enten kan rubiseres som etablering eller tjensteyting? Når en analyserer dette standpunkt må en ha fortalen til 2006-direktivet i tankene: Fortalen er et viktig fortolkningsmoment. Her heter det at

”Dette direktiv tilgodeser også andre almene hensyn, herunder beskyttelse af miljøet, den offentlige sikkerhed og den offentlige sundhed samt nødvendigheden af at overholde de arbejdsretlige regler.”¹³⁴

Tjenstedirektivet berører ikke arbeidsrettslige bestemmelser, men det tilgodeser nødvendigheten av å overholde de arbeidsrettslige regler. Hvordan skal dette kunne ha seg, er det ikke en indre motsigelse i en slik forestilling? Er dette kun en påpeking av at EU og medlemsstatene iht. direktivet kan kreve av tjensteyter at han i forhold til sine ansatte følger arbeidsrettslige regler? Disse uklarheter må vurderes i en større kontekst.

”Det er også viktig at dette direktiv fullt ut respekterer fellesskapsinitiativ basert på traktatens artikkel 137 med hensyn til å oppnå målsettingene i traktatens artikkel 136 vedrørende fremme av sysselsetting og bedre livs- og arbeidsbetingelser”.¹³⁵

Tjenstedirektivet skal ikke hindre EU i å vedta tiltak iht. EF-traktaten artikkel 137 mht. bedring av arbeidsvilkår. Dette omfatter en lang rekke forhold slik som arbeidsmiljø, arbeidsvilkår, sosiale ytelser, oppsigelsesvern, representasjon og kollektiv beskyttelse av arbeidstakere, integrering av arbeidsløse etc. EU har her supplerende og komplementerende

¹³² 4. april 2006-utkastet s. 5.

¹³³ 4. april 2006-utkastet s. 5

¹³⁴ T2006 betraktning 7.

¹³⁵ T2006 betraktning 13. Slik også 4. april 2006-utkastet s. 5.

kompetanse (dvs. en subsidiær lovgivning som er *lex inferior* til medlemstatens lovgivning, se forslaget til ny EU-grunnlov artikkel 1-17).

Dette gir grunnlag for å konkludere som følger: De arbeidsrettslige forhold slik de reguleres i EF-traktaten, *in casu* bestemmelsen i artikkel 137 vedblir å være som tidligere uaktet at tjenstedirektivet er vedtatt. Av dette kan vi trekke følgende slutning: En kan ikke studere kun tjenstedirektivet for å finne ut om tjensteyterne kan underlegges nasjonal arbeidsrett. Dette er først og fremst et spørsmål om nasjonale arbeidsrettslige ordninger over hodet kan komme til anvendelse for forhold som ikke faller innenfor regler om fri flyt av arbeidskraft, men snarere et senere kapittel i det samme avsnitt av EF-traktaten, tjensteflyten.

Dersom LOs standpunkt kan oppfattes som om den omtalte avklaring i direktivet også har svaret på om norsk arbeidsrett kommer til anvendelse på tjenester, må dette være feil. Det er et skille mellom fri flyt av arbeidskraft og fri flyt av tjenester. Det er derfor disse forhold behandles i hver sine kapitler. Det eneste man kan lese ut av selve tjenstedirektivet er at dette ikke tar stilling verken i den ene eller den annen retning. Det verken sies at arbeidsrettslige ordninger gjelder for tjensteyting over landegrensene eller at arbeidsretten ikke gjelder. Situasjonen må være slik at dersom medlemsstaten skulle ønske å underlegge tjensteyting arbeidsrettens regler, må det skje så fremt og så langt dette ikke er forbudt iht. EF-traktatens regler, dvs. slik de har utviklet seg iht. rettspraksis i EU, jf. bl.a. *Rush-Portugese-saken*.

6. Forrang for utstasjoneringsdirektivet

LO vektlegger betydningen av at utstasjoneringsdirektivet går foran tjenstedirektivet. Jeg skal ikke her legge meg bort i om og i tilfelle hvorfor dette er så betydningsfullt for Norge. Mitt eneste siktemål er om og i hvilken utstrekning oppfatningen LO-lederen har gitt uttrykk for er korrekt.

Utgangspunktet er at 2004-direktivet regulerte forholdet i artikkel 24 og 25. Begge disse bestemmelser er strøket i 2006-direktivet og er i stedet erstattet av en omformulert artikkel 17 nr. 2: "Artikel 16 finder ikke anvendelse på... områder, der er omfattet af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/71/EF".¹³⁶ Den nærmere forklaring av hva som omfattes av dette unntaket og som så vel EU-parlamentet som Kommisjonen står bak, er fremstilt i betraktning 86 og 87:

"Dette direktiv bør ikke berøre de arbeids- og ansættelsesvilkår, der i henhold til direktiv 96/71/EF finder anvendelse på arbejdstagere, der udstationeres på en anden medlemsstats område for at udføre en tjensteydelse dér. I sådanne tilfælde skal tjensteyderne i henhold til direktiv 96/71/EF overholde arbejds- og ansættelsesvilkårene på en række nærmere angivne områder, som er gældende i den medlemsstat, hvor tjensteydelsen udføres. Der er tale om følgende områder: maksimal arbejdstid og minimal hviletid, mindste antal betalte feriedage pr. år, mindsteløn, herunder overtidsbetaling, betingelserne for tilrådighedsstillelse af arbejdstagere, især beskyttelse af arbejdstagere, der stilles til rådighed via vikarbureauer, sundhed, sikkerhed og hygiejne på arbejdspladsen, beskyttelsesforanstaltninger med hensyn til arbejds- og ansættelsesvilkår for gravide kvinder og kvinder, der lige har født, samt for børn og unge, ligebehandling af mænd og kvinder samt andre bestemmelser vedrørende ikke-forskelsbehandling. Dette gælder ikke kun arbejds- og ansættelsesvilkår, der er fastsat ved lov, men også vilkår fastsat i kollektive aftaler eller voldgiftskendelser, der er offentliggjort eller de facto finder generel anvendelse som defineret i direktiv 96/71/EF. Herudover bør dette direktiv ikke forhindre medlemsstaterne i at anvende arbejds- og ansættelsesvilkårene på andre områder end dem, der er anført i artikel 3, stk. 1, i direktiv 96/71/EF, når det er begrundet i hensynet til den

¹³⁶ EFT L 18 af 21.1.1997, s. 1.

offentlige orden.

(41b) Dette direktiv bør heller ikke berøre arbeids- og ansettelsesvilkårene i tilfælde, hvor en arbeidstager, der er ansat til at udføre en grænseoverskridende tjenesteydelse, ansættes i den medlemsstat, hvor tjenesteydelsen udføres...”

Her kan vi slutte flere ting: For det første betyr dette at det ikke er tale om direktiver som overlapper hverandre. Dersom en aktivitet er omfattet av utstasjoneringsdirektivet skal den ikke samtidig falle inn under tjenstedirektivet. For det annet; Det er tjensteyter som selv skal påse at arbeids- og ansettelsesvilkårene som gjelder i vertsstaten blir overholdt.

Dersom man skal forstå hvor langt sistnevnte rekker, må en derfor først vite hvor langt førstnevnte omfatter tjenesteyting. Nå er dette ikke mitt siktemål og jeg skal derfor ikke gå nærmere inn på disse forhold i denne vurdering.

7. Unntak for helsetjenester?

Helsetjenester er i tjenstedirektivet omtalt som ”sundhedsydelser”. Det er klart at 2006-direktivet unntar ”både private og offentlige sundhedsydelser fra anvendelsesområdet, og der tilføjes en hertil svarende ændring i artikel 2. Med ændringsforslag 304 præciseres det i betragtning 10c, at denne undtagelse omfatter sundhedspleje og farmaceutiske tjenester, der ydes af fagfolk i sundhedssektoren til patienter med henblik på at vurdere, vedligeholde eller rehabilitere deres sundhedstilstand. Ændringsforslag 233/403 præciserer i artikel 1, at direktivet ikke berører offentlige sundhedsydelser og sundhedsinstitutioners adgang til offentlige midler. Med ændringsforslag 305 indsættes der en ny betragtning 10d, hvoraf det fremgår, at direktivet ikke berører refusion af udgifter til sundhedsydelser, der er ydet i en anden medlemsstat, og det understreges, at dette spørgsmål bør være omfattet af en anden retsakt for at opnå større retssikkerhed og retlig klarhed. Kommissionen kan acceptere, at sundhedsydelser undtages fra direktivets anvendelsesområde, og bekræfter, at den vil tage et særligt initiativ vedrørende disse ydelser”.¹³⁷

Formelt kommer dette til uttrykk ved at 2004-utkastet betraktning nr. 51- 61 er fjernet fra 2006-direktivet. Dvs. at pasientrettigheter, i forbindelse med hospitalopphold, legebehandling og utstasjonering av arbeidstakere faller utenfor tjenstedirektivet.

Forklaringen her er som følger: Et slikt ”særligt initiativ” om et selvstendig regelverk for helsetjenester er alt tatt: Avisa Nationen melder at selv om helsetjenester er formelt ute av 2006-versjonen er området likevel omfattet av dereguleringen i og med at Kommisjonen nå arbeider med et nytt direktiv som omfatter fri flyt av helsetjenester og fri adgang til å etablere seg i helsesektoren. Det er klart at disse regler er *lex superior* i forhold til norsk rett om de blir vedtatt: ”I en høringsrunde der også Norge blir spurt, slår EU-kommisjonen fast at EU-traktatens artikkel 49 om fri flyt av tjenester over landegrensene, kan stå over landenes suverenitet i å utforme helsepolitikken”.¹³⁸ Dette EU-harmoniserte helsesystem ble innvarslet allerede i 2004: ”Fri bevegelse for patienter og utviklingen i sundhedssektoren i fællesskabet”.¹³⁹ Dette betyr derfor ikke at det overlates til medlemsstatene fritt å bestemme nasjonale regler, men at forholdet harmoniserer fullt ut i EU. Det betyr at medlemsstatene kun beholder restkompetanse så fremt og så langt slik myndighet delegeres disse.

8. Sterkere kontroll og oppfølging av lønns- og arbeidsvilkår?

Sterkere kontroll og oppfølging av lønns- og arbeidsvilkår ved hjelp av utvidet oppdragsgiveransvar og innsynsrett i de bransjer der tariffavtaler er allmenngjort, er

¹³⁷ 4. april 2006-utkastet pkt. 31 s. 3.

¹³⁸ Sitert etter Bladet Vesterålen, 6 januar 2007 s. 23.

¹³⁹ T2004 s.30.

regjeringens medisin. For eksempel foreslås det "å innføre en obligatorisk godkjennings- og kontrollordning for bemanningsforetak".¹⁴⁰ Om slike tiltak kan iverksettes står og faller med om medlemsstaten har full frihet her eller om det finnes rammer (bl.a. i tjensteddirektivet). Det finnes en rekke holdpunkter i de s.k. betraktninger (forarbeider) om at arbeidsrettens regler skal holdes utenfor tjensteddirektivet, dvs. ikke berøres av dette og at medlemsstatene således kan regulere feltet som en vil, uaktet formuleringer i direktivet.

"Dette direktiv berører ikke arbeids- og ansættelsesvilkår som f.eks. maksimal arbeidstid og minimal hviletid, mindste antal betalte feriedage pr. år, mindsteløn og sikkerhet, sundhed og hygiejne på arbeidsplassen, det berører ikke forholdet mellom arbeidsmarkedets parter, herunder retten til at forhandle og indgå kollektive aftaler, retten til at strejke og til at gennemføre faglige aktioner, og det gælder heller ikke for tjensteydelser, der udføres af vikarbureauer. Direktivet berører heller ikke medlemsstaternes lovgivning om social sikring" (betraktning 14).

Fullt så fritt ser det imidlertid ikke ut dersom en sammenholder betraktning nr. 14 med betraktning 71. Nasjonalt lovverk som hindrer eller hemmer etablering og fri flyt av tjensteytelser over grensene skal gjennomgås. I en gjennomføringsperiode som strekker seg frem til 31. desember 2008 skal medlemsstatene foreta en "screening" av sitt lovverk med virkning for tjensteytelser.¹⁴¹ Denne gjennomgang på EU-nivå skal så danne grunnlaget for nødvendige opphevelser og lovendringer nasjonalt.

"Den gensidige evaluering i henhold til dette direktiv berører ikke medlemsstaternes frihet til i deres lovgivning at fastsette et høyt niveau for beskyttelse af almene hensyn, navnlig hva angår mål på det sociale og arbeidsmarkedsmæssige område. Den gensidige evaluering skal desuden i fuldt omfang tage hensyn til det særegne ved tjensteydelser af almen økonomisk interesse og de særlige opgaver, der pålægges dem. Disse mål kan begrunde visse restriktioner med hensyn til etableringsfriheden, navnlig hvis restriktionerne forfølger mål, hva angår beskyttelsen af den offentlige sundhed, samt mål på det sociale og arbeidsmarkedsmæssige område, og hvis de opfylder betingelserne i artikel 15, stk. 3, litra a)-c). Hva angår forpligtelsen til at have en bestemt retlig form for at udøve visse tjensteydelser på det sociale område, har Domstolen for eksempel allerede anerkendt, at det kan være berettiget at kræve af tjensteyderen, at denne er en nonprofitorganisation" (betraktning 71).

Her faller en imidlertid ned på de "tvingende almene hensyn" (kapittel 2 A1), som kun i meget liten grad overlater kompetanse til medlemsstatene. Og når det gjelder det konkrete spørsmål om "å innføre en obligatorisk godkjennings- og kontrollordning for bemanningsforetak", synes dette ikke lett forenlig med regelen om etablerings-statskontroll og forbudet mot at det ikke kan stilles krav som allerede er stilt på etableringsstedet. Det gjelder et absolutt vilkår om at medlemstaten kun har kompetanse til selv å lovregulere feltet, hvis de nasjonale ordninger tilfredsstiller det overgripende prinsipp om at reguleringen er tvingende nødvendig av hensyn til den offentlige orden, sikkerhet, sunnhet etc. og disse hensyn ikke allerede er ivarettatt i etableringsstaten.¹⁴²

Et annet problem som disse norske reguleringer vil møte er at tjensteddirektivet eller andre

¹⁴⁰ Høringsnotat. Om tiltak for å sikre forhold på inn- og utleiemarkedet og for å effektivisere allmenngjøringslovgivningen (arbeids- og inkluderingsdepartementet, 22. desember 2006) s. 2.

¹⁴¹ T2006, betraktning 74.

¹⁴² Se C-244/04, dom av 19 January 2006, EU commission v. Federal Republic of Germany, pkt. 31, Commission of the European Communities v. Grand Duchy of Luxembourg, 21 October 2004 sak C-445/03 pkt. 21, Commission of the European Communities v. Republic of Austria, dom av 21 September 2006, Sak C-168/04 pkt. 37 og C-369/96 & C-376/96 *Arblade and Others* [1999] ECR I-8453, paragraphs 34 and 35,

regler som retter seg mot tjenesteyting uansett ikke berøres av arbeidsrettslige regler. Tariffkrav, arbeidervernlovgivning i vertsstaten kan ikke berøre selvstendige oppdragsmottakere, altså den gruppen av personer som normalt forestår tjenesteytelser, jf. her *Rush-Portuguesa-dommen*.

Kapittel 3 – Konklusjoner

1. EU-retten av 2. mai 1992 (undertegningen av EØS-avtalen) er, som følge av EF-domstolens avgjørelser, noe ganske annet enn EU-retten anno 2007. Norge har ved undertegningen forpliktet seg til å følge EU-retten pr. 2. mai 1992. All senere rettsutvikling må positivt vedtas av norske politiske organer og inkorporeres i norsk rett. EF-domstolens avgjørelser binder ikke Norge.
2. Valget Norge står overfor – enten å vedta eller å avvise tjensteddirektivet – medfører flere store og viktige forskjeller. Det er ikke slik noen forskere hevder at dette går ut på ett og det samme.
3. *For det første:* Avvises direktivet betyr det at Norge velger å hevde det grunnleggende prinsipp som ligger innebygget i mellomfolkelige avtaler slik som for eksempel EØS-avtalen også kan forstås, dvs. en likeverdig avtale mellom to likeverdige parter som begge har selvstendig lovgivingskompetanse, *in casu* EU og Norge jf. lov om tekniske kontrollorgan som har til oppgave å gjennomføre samsvarsvurderingar av 16. juni 1994 nr. 20. Grenseoverskridende virksomhet bygger på samsvarsvurderinger; krav stilt i EU til en lovlig virksomhet godtas som samsvarende med norske krav. Dvs. at Norge beholder norsk regelverk for tjenesteytende virksomhet og *forhandler* med EU om godkjenning for det norske system som lovlig innen rammen av EØS. På tross av samsvarsloven som en mulig mal for fremtidig samhandling mellom EU og Norge, har Norge ikke særlig kraftfullt fulgt denne linje.
4. *For det annet,* ved å inkorporere tjensteddirektivet i norsk rett aksepterer vi den domstolsdrevne rettsutvikling som har funnet sted i EU. Avvises tjensteddirektivet gjelder EF-traktaten artikkel 49 (tjenesteytelser) slik den var tolket av EF-domstolen pr. 2. mai 1992 kun begrenset av de EFTA-domstolsavgjørelser som underkjenner norsk lovverk på tjenstesektoren. Eller sagt mer direkte: Vedtas direktivet, har Norge med ett slag godtatt noen hundretalls EF-domstolsavgjørelser. Det bør først undersøkes hva disse går ut på før vi velger å slutte oss til tjensteddirektivet.
5. *For det tredje* gjelder at ved å vedta direktivet har vi samtidig godtatt at norsk handlingsrom i arbeidsmarkedspolitikken reduseres vesentlig. Den selvstendige lovgivningsmyndighet er borte¹⁴³ og Norge står tilbake med ren transformering av EU-retten. Det er atskillig trangere innenfor tjensteddirektivet enn innenfor EØS-avtalen artikkel 31-39. Beholder vi dagens norske system må dette utfordres av ESA i hver enkelt sak. Der Norge ikke utfordres består norsk rett. Der Norge utfordres og vinner frem med sitt syn består norsk rett.
6. *For det fjerde:* Mens det i 2004 var tale om et rammedirektiv og farer ved overregulering, tales det i 2006 om målrettet harmonisering og koordinering av nasjonale lovverk som skal sikre en høy grad av rettslig integrasjon i EU. Dette kan ikke oppfattes på noen annen måte enn at 2006-versjonen er vesentlig mer inngripende for medlemsstatene. Tyngdepunktet i lovgivningen flyttes fra medlemsstatene og til EU.

¹⁴³ Her kan vi lære av Island, jf. perioden som har gått under betegnelsen "sáttmáli" – dvs. det norske hertugstyret i årene 1262-1264, og den påfølgende og påtvungne loven "med sterkt norsk preg" 1271-1281 med det umiskjennelige navn *Járnsíða*. Se Thor Vilhjálmsson, *Islandsk rett i nyere tid*, Jussens Venner (1970) s. 149.

7. Selv om man i 2006-versjonen finner en rekke tilføyelser og bortfall av regler, er det i all hovedsak slik at endringene avspeiler et ønske om utdypning mer enn å introdusere materielle endringer i reguleringssystemet. Og hvordan kunne det være annerledes; når hensikten med tjenstedirektivet mange steder (2006-direktivet s. 5, 6, 8, 11, 12, 17) kun er å kodifisere domstolsskapt rett. En kan derfor si at EUs strategi er å samordne så langt det går. Det EU ikke fikk til i denne omgang overlates til domstolen å få orden på. Det er de små stegs politikk i en gate med enveiskjøring. Mindre nasjonale skranker, mer liberalistiske løsninger og til slutt bortfall av nasjonale ordninger. Integrering og harmonisering er EF-domstolens ansvar. Når domstolen har gjort jobben kommer Kommisjonen inn med lovutkast som kodifiserer EF-domstolens praksis.
8. Det finnes unntak fra tjenstedirektivet. Dette oppfatter mange som positivt, fordi unntaket etter sigende er gjort fordi medlemsstatene skal styre feltet helt ut selv. I motsetning til hva mange tror, er unntak gitt fordi bestemmelsene innenfor disse andre typer tjensteyting er harmonisert fullt ut i annen EU-lovgivning. Dette gjelder for eksempel transport, finans og helse. For post – der motstanden mot harmonisering har vært større – henger det fortsatt igjen. Ofte betyr unntakene mindre selvbestemmelse for medlemslandene, ikke mer slik en ofte får inntrykk av i den hjemlige debatt.
9. Et slikt klart uttalt unntak gjelder for arbeidsrettens regler. Dette betyr imidlertid ikke at direktivet derved også har svaret på om norsk arbeidsrett kommer til anvendelse på tjenester. Det skilles mellom fri flyt av arbeidskraft og tjenester. Tjenstedirektivet avgjør ikke hvorvidt industriens eller privates behov for å gjennomføre en virksomhet skal resultere i etterspørsel etter selvstendige oppdragsmottakere eller ved å ansette arbeidere. Det verken sies at EU-rettslige ordninger gjelder for tjensteyting over landegrensene eller at EU-retten ikke gjelder. Dersom medlemsstaten vil la arbeidsrettens regler om tariffavtaler, minstelønn, ferier etc. omfatte tjensteyting, kan det kun skje så fremt og så langt dette ikke er forbudt iht. EF-traktatens regler, dvs. slik de har utviklet seg iht. rettspraksis i EU, jf. for eksempel Rush-Portugese-saken.
10. Mens en i 2004 poengterte farene med EU-overregulering og at tjenstereglene var et rammedirektiv som iverksatte en løs harmonisering, tales det i 2006 om målrettet harmonisering og koordinering av nasjonale lovverk som skal "sikre et høyt niveau af retlig integration" i EU. Dette kan ikke oppfattes på noen annen måte enn at 2006-versjonen er vesentlig mer inngripende i medlemsstatenes lovgivningskompetanse enn 2004-forslaget. Dette er den viktigste forskjell på 2004- og 2006-løsningene. Mens 2004-versjonen godtok selvstendig, nasjonal lovregulering av feltet, innfører 2006-direktivet full harmonisering. Tyngdepunktet i lovgivningen flyttes fra medlemsstatene til EU. EUs lovgivningskompetanse er *pre-emptiv*, dvs. uttømmende og ikke kun *lex superior*. Medlemsstatene har mistet sin lovkompetanse i og med vedtakelsen av direktivet. Egne nasjonale regler tillates kun i tilfeller av "tvingende almene hensyn", hvilket er ensbetydende med sjelden eller aldri.
11. Det er kun på områder av EU-retten som ikke er harmonisert at medlemsstaten har kompetanse til selv å lovregulere feltet. Selv da rekker ikke lovgivningsmyndigheten særlig langt fordi EU-retten krever at de nasjonale ordninger tilfredsstiller det overgripende prinsipp om at reguleringen er tvingende nødvendig av hensyn til den offentlige orden, sikkerhet, sunnhet etc. – dvs. de tvingende almene hensyn – og at disse hensyn ikke allerede er ivaretatt i etableringsstaten.

12. Hvis området er harmonisert, slik det ble ved vedtakelsen av tjenstedirektivet, er nasjonal, selvstendig lovgivningsmyndighet fjernet, og medlemsstatens eneste oppgave er å transformere EU-bestemmelsene til nasjonal rett. Kompetanse til å lovregulere er avhengig av at EU har delegert slik myndighet til medlemsstatene.
13. Utgangspunktet etter 2006-tjenstedirektivet er at det innføres felles EU-ordninger med mindre annet er særskilt bestemt. Medlemsstatene er delegert kompetanse mht. regulering av offentlig orden, sikkerhet og sunnhet (som fremmes av tvingende almene hensyn – se artikkel 4, 10, 12, 13 og 14, og betraktninger 40, 56, 65, 66 og 69). Det finnes ikke unntak med mindre det er spesielt hjemlet. Adgangen er begrenset fordi medlemsland som vil innføre begrensninger må notifisere andre medlemsland og begrunne hva som er så spesielt med akkurat dette medlemsland (sett i forhold til andre medlemsland) og må begrunne hvorfor vern av offentlig orden etc. må treffes nasjonalt og ikke på fellesskapsnivå.
14. Subsidiaritetsprinsippet vil ofte medføre at avgjørelsen kun kan gjennomføres på EU-nivå, jf. betraktning 116 i 2006-direktivet, som henviser til at "[m]ålene for den påtænkte handling, nemlig at fjerne hindringerne for tjensteyderes etableringsfrihet i medlemsstatene og for den frie udveksling af tjensteydelser mellem medlemsstatene, kan ikke i tilstrækkelig grad opfyldes af medlemsstatene og kan derfor på grund af handlingens omfang bedre gennemføres på fællesskabsplan".
15. Norge kan iht. tjenstedirektivet ikke kreve at utenlandske tjensteytere her også etablerer seg fysisk med kontor i Norge. Hvis et firma lovlig er registrert i for eksempel Latvia kan dette firma drive tjensteytelse i Norge selv om firmaet er uten fast kontorsted her. Det er altså tilstrekkelig med et og kun ett gyldig forretningssted i EU.
16. En stat som får en registeranmodning fra tjensteytende firma kan ikke avvise registrering fordi en mener at dette firma ikke gjør tilstrekkelig med forretninger i eller har tilstrekkelig med tilknytningspunkter til registerlandet. Det er opp til den enkelte næringsdrivende å registrere sitt selskap der en vil, jf. Centros-dommen. De andre medlemsstater må ta de privates registervalg som et akseptert faktum.
17. Vertsstaten kan kun forby utenlandsk tjensteytelse i sitt territorium dersom denne form for aktivitet strider mot offentlig orden, sikkerhet etc. Forbudet må gjøres generelt og kan ikke være dispensibelt dvs. tillate tjensteytelser etter søknad og iht. individuelle tillatelser. Ei heller er det godtatt at vertsstaten innfører ordninger med forhåndstillatelse. Det "kan således navnlig kun stilles krav om tilladelse, hvis en efterfølgende kontrol ville være uden virkning". Det er ikke holdepunkter for at "begrensninger i importlandets kontrolladgang ble også fjernet", slik det fremholdes av LO sentralt.
18. De nasjonale krav om lovgivningskompetanse som skal være grunnet i "tvingende almene hensyn" må "i henhold til EF-Domstolens praksis altid ... være i overensstemmelse med principperne om nødvendighed og proportionalitet og forbud mod forskelsbehandling". Derved er det ingen forskjell mellom den nasjonale kompetanse som fulgte av 2004-utkastet og ordningen slik den ble vedtatt i 2006. Riktignok har en fjernet opprinnelseslandprinsippet som betegnelse, men det har ikke fått noen konsekvenser for medlemsstatskompetansen etter direktivet. Vi er derfor like langt, eller like kort, avhengig av hvem som betrakter feltet.
19. 2006-direktivet følger nøye 2004-ordningen. Det er etableringsstaten som har tilsyns- og

håndhevingsansvaret. Vertsstater som merker uregelmessigheter kan selv intet utrette, men må nøye seg med å henlede oppmerksomheten på dette hos etableringsstaten. Sistnevnte håndhever brudd på bl.a. tjenstedirektivet i overensstemmelse med forordningen om forbrukerbeskyttelsessamarbeide.

20. Det blir en sak til sak tilpasning dersom Norge avviser tjenstedirektivet. I praksis betyr dette – som også godt beskrevet av EU i fortalen til tjenstedirektivet – at det er EU evt. ESA som må ta initiativet i hvert enkelt tilfelle der en mener at norsk lovverk er i strid med EØS-traktaten artikkel 31-39. Ikke bare betyr det at Norge – om vi skulle tape i EFTA-domstolen eller i EØS-komiteen – i verste fall vinner tid til å tilpasse oss den friere flyt av tjenester, men vi kan alltid velge minimalistiske løsninger sett i forhold til de konkrete domsavsigelser. Domsavsigelser er konkrete og dersom en taper må en tilpasse lovverket slik at rettsstridige punkter nevnt i dommen, elimineres. Lenger behøver Norge ikke gå.
21. For det annet: Ved at Norge nedlegger veto mot tjenstedirektivet er det ensbetydende med at Norge avviser at en er bundet av den rettsutvikling som har funnet sted siden 2. mai 1992 – tidspunktet for undertegningen av EØS-avtalen i Oporto – og som ikke er nedfelt i forordninger eller direktiv som Norge allerede har implementert. Siden EU og ESA har akseptert at de norske ordninger som ikke ble krevet endret og tilpasset i forbindelse med EØS-avtalen kan disse ordninger fortsette, med mindre vi ønsker å endre disse, slik tilfelle blir dersom Norge velger å slutte seg til tjenstedirektivet.
22. Det forhold at en type tjensteytelse faller utenfor tjenstedirektivet er ikke ensbetydende med at medlemsstatene beholder mer selvbestemmelse over tjensteytelsen. Det vil ikke sjelden være motsatt: Direktiver for spesielle felter som transport, finans og helse (utkast) går faktisk lengre enn tjenstedirektivet gjør – og er således mer brydsomt for medlemsstatene enn tjenstedirektivet.
23. De arbeidsrettslige forhold slik de reguleres i EF-traktaten, *in casu* bestemmelsen i artikkel 137, vedblir å være som tidligere uaktet at tjenstedirektivet er vedtatt. Av dette kan vi trekke følgende slutning: En kan ikke studere kun tjenstedirektivet for å finne ut om tjensteyterne kan underlegges nasjonal arbeidsrett. Dette er først og fremst et spørsmål om nasjonale arbeidsrettslige ordninger over hodet kan komme til anvendelse for forhold som faller utenfor regler om fri flyt av arbeidskraft, men snarere et senere kapittel i det samme avsnitt av EF-traktaten, tjensteflyten.
24. Privatisering av offentlige tjenester, kan EU presse Norge til det? Svaret ligger i forskjellene mellom 2004- og 2006-ordningen, særlig i beslutningsgrunnlaget. Mens medlemsstatene selv kunne beslutte hva de ønsker å anse som ytelser av ikke-økonomisk karakter, altså det som medlemsstatene selv kunne bestemme over, er dette forhold i 2006-direktivet overlatt til EU, dvs. i siste instans EF-domstolen. Mens det i tidligere versjon uttrykkelig var sagt at medlemsstaten selv kunne avgjøre hva en anså som forsyningspliktytelser eller nå ”ikke-økonomiske tjensteydelser af almen interesse”, finnes det i 2006-tjenstedirektivet ingen slik garanti. I 2006-tilfellet er det derfor klart at det er EF-domstolen som avgjør hva som skal kvalifisere som slike ikke-økonomiske ytelser unntatt fra direktivet, fordi alle saker vedrørende fortolkning av EU-retten henhører under Domstolen. Avgjørelsen av hva som er innholdet i begrepet forsyningspliktytelser bestemmes således ikke lengre av vedkommende medlemsstat slik uttrykkelig sagt i 2004, men under EF-domstolen, jf. reglene om henvisningstolkning i EF-traktaten artikkel 234 (EU-domstolens kompetanse til å avgjøre prejudisielle spørsmål).

Dette betyr at intet medlemsland – herunder også Norge – har noen avgjørende innflytelse på hvilke tjenesteytelser som kan forbli offentlige.

25. 2006-direktivet går videre enn 2004-utkastet når det – slik det gjøres i artikkel 1 – forlater formuleringer som "EU's charter om grunnleggende rettigheter" til fordel for "fællesskabsretten". Dette medfører at medlemsstatene ikke kan la lese inn i tjenstedirektivet noen begrensning i de rettigheter som EU ellers har vis-a-vis medlemsstatene. Dette representerer en meget stor utvidelse av EU-kompetansen, eller sagt mer presist, dette betyr at om så måtte være at medlemstatene klarte å få inn gode formuleringer i tjenstedirektivet som fremmet nasjonale interesser, så kan disse trolig ikke vektlegges, simpelthen fordi EU alltid kan vise til "fællesskabsretten" som overordnet tjenstedirektivet. Altså i klartekst; formuleringer som anses i strid med EF-traktaten eller sekundærlovgivningen helt generelt vil måtte vike.
26. Også på et annet punkt går 2006-direktivet videre enn 2004-utkastet: Det sies i 2006-direktivet – til forskjell fra 2004- og 2006-utkastet – at retten til å "forhandle, indgå og gjennomføre kollektive aftaler og retten til at gjennomføre faglige aktioner" kun kan skje i overensstemmelse med "fællesskabsretten" (artikkel 1(7)). Dette er en helt vesentlig begrensning, sett i forhold til formuleringen tidligere i 2004- og 2006-utkastet; "retten til at forhandle, indgå og gjennomføre kollektive aftaler og retten til at gjennomføre faglige aktioner". Her gjaldt retten til kollektivavtaler, tariffavtaler, streikerett etc. fullt ut – ubegrenset. Når direktivet vedtas er denne retten sterkt beskåret – definert som lovlig kun så fremt og så langt det tilfredsstiller EU-retten helt generelt.
27. Også på et tredje punkt er 2006-direktivet vesensforskjellig fra 2004-versjonen. Ved nasjonale konsesjonsordninger har 2006-direktivet innført et skjerpene vilkår som medfører at medlemsstaten ikke fritt kan bestemme at antallet tillatelser er begrenset. Se artikkel 11 pkt. 1 b) som har fått en tilføyelse som i vesentlig grad endrer innholdet: Det er forskjell på – slik det stod i 2004, at "antallet af mulige tilladelser er begrænset" og at "antallet af mulige tilladelser er begrænset af et tvingende alment hensyn" som det heter i 2006-direktivet.
28. Artikkel 25 forbyr en medlemsstat å oppstille krav om at en tjenesteyter kun skal drive virksomhet i en bransje. I 2006 gis medlemsstaten kun adgang til å stille krav – innenfor de lovregulerte erverv – til "fagetsiske adfærdsregler, der varierer efter det enkelte erhvervs særlige karakteristika, og nødvendigt for at sikre deres uafhængighed og uvildighed". I 2004-utkastet var det kun tale om "at sikre overholdelse af fagetsiske regler, der varierer efter det enkelte erhvervs særlige karakteristika". Dette medfører en skjerpelse av medlemstatenes lovkompetanse mht. å unngå uheldig sammenblanding av funksjoner, for eksempel revisjonsarbeid og økonomisk rådgivning, plassering av kapital, aksje- og finansmekling etc. Nødvendighetsklausulen er mat for EF-domstolen.
29. Muligheten til selvstendig lovregulering selv innenfor feltet for "tvingende almene hensyn" begrenses gjennom regelen i 2006-direktivet artikkel 32 (advarselsordningen). Bestemmelser som ikke var inntatt i 2004-utkastet gjelder notifikasjon til andre medlemsstater og til Kommisjonen. Her bestemmes det at alvorlige skader på menneskers sunnhet etc. er det som i andre sammenhenger betegnes som tvingende almene hensyn. Ordningen i artikkel 32 medfører at medlemsstater som utsettes for slik trussel skal, i stedet for å gå sine egne veier, kontakte andre berørte medlemsstater og Kommisjonen. Det er først dersom denne veien er prøvet og ikke har ført frem at medlemsstaten vil kunne etablere egne reguleringer. Dette reduserer betraktelig

mulighetene etter betraktning 40 til å gi egne regler iht. "tvingende almene hensyn".

30. Til slutt skal nevnes at den norske oversettelse av tjenstedirektivet inneholder en del feil som ikke kun kan skrives på kappen for unøyaktigheter. Flere av feilene er systematiske. Det gjelder for det første det uttrykk som begrunner nasjonal selvstendig lovgivningskompetanse, nemlig vilkåret om "tvingende almene hensyn" – som betyr de "hensyn, der er anerkendt som sådan i EF-Domstolens praksis", men som på norsk er blitt til "allmene hensyn" – som etter norsk rett betyr ethvert lovlig politisk hensyn så fremt og så langt det ikke er usaklig. Dette er som å oversette "potte lekk" med "potte tett". Mens den siste konstruksjonen holder for domstolen uansett hva myndighetene begrunner sitt inngrep med, bare det er saklig, rekker den første hjemmel stort sett ikke frem.
31. Et annet eksempel er tjensteddirektivets bruk av begrepet "samhørighet", som på norsk er blitt til "sammenheng". Det er faktisk slik at ingen av de steder der dansk tekst bruker samhørighet (i alt 5 steder) har den norske teksten benyttet ordet. Dansk tekst bruker ikke sammenheng noen av de steder der norsk tekst bruker det. Ett sted brukes uttrykket sammenheng (artikkel 22 (1) j): i betydningen noe som forstås i sin kontekst. Sammenheng er noe som forteller noe om mer eller mindre tilfeldige forbindelser mens tilhørighet betegner noe som bygger på et følelsesmessig forhold. Den valgte forvanskning av "samhørighet" med "sammenheng" er lite skjønnsom.

**

Hvordan blir da svaret på de vitale punkter som LO har trukket frem som vesentlige for at Norge bør godta tjensteddirektivet. Jeg har undersøkt og besvart følgende spørsmål:

- Har vesentlige begrensninger i importlandets kontrolladgang blitt fjernet?
Svaret er nei.
- Har EU gått bort fra det svært kontroversielle "opprinnelseslandsprinsippet"?
Svaret er ja.
- Har EU innførte generelle unntak for arbeidsrettslige regler og grunnleggende rettigheter - herunder retten til arbeidskamp?
Svaret er nei.
- Kan arbeidsgiver velge fritt å erstatte sin arbeidsstokk med avtaler om tjensteyting fra selvstendige oppdragsmottakere?
Svaret er ja.
- Går utstasjoneringsdirektivet foran tjensteddirektivet?
Svaret er ja.
- Ble helsetjenester (både offentlige og private) unntatt fra direktivets anvendelsesområde.
Svaret er ja.
- Kan Norge tvinges til å privatisere offentlige ytelser?
Svaret er ja.

Vedlegg – Tjenstedirektivet 2006 contra 2004, kronologisk fremstilt

Her fremstilles hvilke forskjeller som er et resultat av de mange runder med EU-parlamentet etter at 2004 versjonen ble avvist. Fremstillingen er kronologisk. Dvs. at jeg starter med fortalen (preamblet) for så å sammenligne de tilsvarende artikler i hhv. 2004 og 2006 versjonene i tur og orden. Når det i fortsettelsen vises til betraktning 1 osv. er dette det nummer som motivet har fått i 2006. På tilsvarende måte med artiklene i direktivet – her brukes den siste nummerering. Dvs. i den utstrekning jeg omtaler eldre nummerering henvises det enten til at dette er gammel nummerering eller at det er fra 2004 utkastet, evt. 4 april 2006-utkastet.

A. Fortalen i tjenstedirektivet

Aller først bør det nevnes at tekst i fortalen (preamble) vanligvis er politiske ytringer, dvs. henstillinger, retningslinjer og andre uforpliktende politiske utsagn. Det fortelles noe om problemforståelse og mulige løsningsforslag, uten at disse imidlertid kan betraktes som juridisk forpliktende. Eller sagt annerledes, en må uttrykke seg klart og konsist dersom det skal utledes rettsplikter av fortalen. Under enhver omstendighet gjelder her – som ved tolking av selve teksten at EF-domstolen er suveren. Selv sterke formuleringer i lov- og traktattekst har EF-domstolen sett bort i fra. Det er mange eksempler på det.¹⁴⁴

- I betraktning 1 omtaler en seg selv som Det Europeiske Fællesskab mens en i 2004 betegnet seg som Den Europeiske Union.¹⁴⁵ I begge versjonene vises det til målet om et stadig tettere samarbeid mellom EU statene, økonomiske og sosiale fremskritt og at fjerningen av hindringer for utviklingen av tjenstevirksomheten er et viktig middel for å oppnå dette. I 2006 versjonen er det så knyttet til følgende tekst:

"Ved fjernelsen af sådanne barrierer er det vigtigt at sikre, at udviklingen af servicevirksomhed bidrager til opfyldelsen af de mål, der er fastsat i traktatens artikel 2, nemlig i Fællesskabet som helhed at fremme en harmonisk, afbalanceret og bæredygtig udvikling af den økonomiske virksomhed, et højt beskæftigelsesniveau, et højt socialt beskyttelsesniveau, ligestilling mellem mænd og kvinder, en bæredygtig og ikke-inflationær vækst, høj konkurrenceevne og en høj grad af konvergens med hensyn til de økonomiske resultater, et højt niveau for miljøbeskyttelse og forbedring af miljøkvaliteten, højnelse af levestandarden og livskvaliteten, økonomisk og social samhørighed samt solidaritet mellem medlemsstaterne."

Punktet her gjelder politiske målsettinger. Mens 2004 utgaven kun viste til EF traktaten artikkel 14 (2), som utelukkende omhandler grunnprinsippene for det indre marked, er 2006 versjonen relatert til artikkel 2 som gjelder bærekraftig utvikling, sosial likestilling, liten arbeidsledighet, god konkurranseevne, likestilling mellom kjønn, miljøkvalitet, bedret

¹⁴⁴ Senest bopliktdommen mot Danmark i dom 25. januar 2007 sag C-370/05, Uwe Kay Festersen, pkt. 26. Se også om de eiendomsrettslige forhold i EF-traktaten artikkel 295, Peter Ørebech: EØS-avtalen artikkel 125, med særlig vekt på diskusjonen i NOU 2004:26 Hjernfall, Lov og Rett (2006) s.26 se s:

34.

¹⁴⁵ Den norske oversettelsen bruker Den Europeiske Union, se EUROPAPARLAMENTETS INNSTILLING, vedtatt ved annengangsbehandling 15. november 2006 med tanke på vedtak av EUROPAPARLAMENTETS- OG RÅDS DIREKTIV 2006/123/EC om tjenester i det indre marked 2004/0001 (COD) OJ L 376/36; 27.12.2006

levestandard og solidaritet medlemslandene i mellom. Dette betyr at 2006 direktivet har det bredest mulig perspektiv, dvs. at det ikke alene gjelder de fire friheter, hvilket betyr at EUs lovgivning her kan være motivert av forhold som befinner seg innen alle de nå forlatte "tre søyler" (the three pillars) system. Omtalen av en selv som Fællesskabet blir da ren formalitet i og med at realiteten er at forhold langt utenfor det indre marked er trukket inn under tjenstedirektivets virkekrets. Materielt sett er det Den Europeiske Union som her omtales.

- I betraktning 2 er det gitt en tilføyelse som ikke stod i 2004-versjonen. Denne lyder som følger:

"Et konkurrencedygtigt marked for tjenesteydelser er vigtigt til fremme af økonomisk vækst og jobskabelse i EU. På nuværende tidspunkt hindrer en lang række barrierer på det indre marked tjenesteyderne, specielt små og mellemstore virksomheder (SMV'er), i at udstrække deres aktiviteter ud over de nationale grænser og drage fuld fordel af det indre marked. Dette svækker konkurrenceevnen på verdensplan hos Den Europæiske Unions tjenesteydere. Et frit marked, som tvinger medlemsstaterne til at fjerne restriktionerne for grænseoverskridende udveksling af tjenesteydelser, samtidig med at den nødvendige gennemsigtighed og information over for forbrugerne øges, ville give forbrugerne et større udvalg og en bedre service til lavere priser."

Dette kapittel inneholder en problembeskrivelse og en omtale av fordeler med sterkere konkurranse. Det er pr i dag en lang rekke nasjonale ordninger som hindrer konkurranse over landegrensene, sies det. Dette svekker EUs konkurranseevne og medfører høyere priser for forbrukerne enn nødvendig.

- I betraktning 3 (som var 2 i 2004) vises det til Kommisjonsrapporten "Status over det indre marked for tjenester". Denne var betraktning 2 i 2004-versjonen.

- I betraktning 4 (som var 3 i 2004) omtales at tjenesteyting er drivkraften i den økonomiske veksten. Det sies at oppsplitting i nasjonale markeder i medlemstatene i EU virker negativt på EUs totale økonomi. I 2006 direktivet er det gjort flere tilføyelser i den opprinnelige tekst, nå omtales ikke kun SMVs konkurranseevne, men også arbeidstakernes mobilitet. Det argumenteres for at direktivet vil bedre arbeidssituasjonen for kvinner:

"Det er vigtigt at påpege, at servicesektoren især er en central beskæftigelsessektor for kvinder, og at de derfor vil kunne drage stor nytte af de nye muligheder, som gennemførelsen af det indre marked for tjenesteydelser frembyder."

Fjerning av hindringene - som det viktige ledd i gjennomføringen av "et egentlig indre marked" skal "forbedre beskæftigelsen og den sociale samhørighed og sikre en bæredygtig økonomisk vækst". Fjerning av nasjonale hindringer skal skje for å sette fart i EUs økonomi.

"Det er derfor vigtigt at gennemføre et indre marked for tjenesteydelser, hvor der er ligevægt mellem markedsåbning og bevarelse af offentlige tjenesteydelser og arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder samt forbrugerrettigheder."

Privatisering av offentlig tjenester – skal balanseres – det søkes etter et likevektskapittel der også arbeids- forbruker og sosiale rettigheter inngår i vurderingen. Det sies ikke uttrykkelig hvem som skal forestår denne balanseringen, men det følger av fremstillingen i mitt kapittel 1 at dette er EU.

- I betraktning 5 (som var 4 i 2004) er teksten slik:

"Det er derfor nødvendig at fjerne hindringerne for tjenesteyderes ret til frit at etablere sig i medlemsstaterne og for den frie bevægelighed for tjenesteydelser mellem medlemsstaterne fjernes, og garantere tjenestemodtagere og tjenesteydere den retssikkerhed, der er nødvendig, for at de reelt kan udøve disse to grundlæggende traktatfæstede friheder. Da hindringerne for det indre marked for tjenesteydelser berører både erhvervsdrivende, der ønsker at etablere sig i andre medlemsstater, og erhvervsdrivende, der udfører en tjenesteydelse i en anden medlemsstat uden at være etableret dér, må tjenesteydere have mulighed for at udvikle deres servicevirksomhed i det indre marked enten ved at etablere sig i en anden medlemsstat eller ved at benytte sig af den frie bevægelighed for tjenesteydelser. Tjenesteydere skal kunne vælge mellem disse to friheder, alt efter hvilken udviklingsstrategi de har i den enkelte medlemsstat."

- I betraktning 6 omtales de ekstreme vansker med å håndheve traktatbrudd. (nr. 5 i 2004). Man skal forlate medlemsstatslovgivning som middel og overlate kompetansen til EU.

- I betraktning 7 (nr. 6 I 2004) som beskriver direktivets formelle status, nemlig som "en generell rettslig ramme" og et program for nasjonale hindringer som raskt kan ryddes av veien, prosedyreregler for nasjonal harmonisering og private adferdskodekser. Nytt er at det henvises til andre hensyn enn de rent markedsmessige; *"Dette direktiv tilgodeser også andre almene hensyn, herunder beskyttelse af miljøet, den offentlige sikkerhed og den offentlige sundhed samt nødvendigheden af at overholde de arbeidsretlige regler."* Også her vises det til de videre hensyn utenfor det rent markedsmessige.

- I betraktning 8 (ny) kommet inn nye bakenforliggende avgrensninger, hensyn og vurderinger som ikke var inntatt i 2004-versjonen:

"Bestemmelserne i dette direktiv vedrørende etableringsfriheten og den frie bevægelighed for tjenesteydelser bør kun finde anvendelse i det omfang, den pågældende virksomhed er åben for konkurrence, og de forpligter derfor ikke medlemsstaterne til enten at liberalisere tjenesteydelser af almen økonomisk interesse eller at privatisere offentlige organer, der udfører sådanne tjenesteydelser, eller at afskaffe eksisterende monopoler vedrørende andre aktiviteter eller en række distributionstjenester."

- Betraktning 9 (ny) lyder som følger:

"Dette direktiv gjelder bare krav som påvirker adgang til eller utførelse av en tjenestevirksomhet. Derfor gjelder det ikke for krav som gjelder veitrafikkregler, regler angående utvikling eller bruk av jord, by- og landplanlegging, byggestandarder, samt pålagte administrative straffer for ikke å innrette seg etter disse reglene som ikke spesifikt regulerer eller spesifikt påvirker tjenestevirksomheten, men som må respekteres av yterne ved utførelse av sin økonomiske virksomhet på samme måte som individer som handler etter privat evne."

- Betraktning 10 (ny) lyder som følger:

"Dette direktiv omhandler ikke bestemmelser vedrørende en række tjenesteyderes

adgang til offentlige økonomiske midler. Der er bl.a. tale om bestemmelser, hvori er fastlagt de betingelser, der skal opfyldes, for at tjenesteydere kan modtage offentlige økonomiske midler, herunder specifikke kontraktbestemmelser, især kvalitetsnormer, der skal overholdes som betingelse for at modtage offentlige økonomiske midler, f.eks. på det sociale område."

- Betragtning 11 (ny) lyder som følger:

"Dette direktiv griber ikke ind i medlemsstaternes aktiviteter efter fællesskabsretten med hensyn til beskyttelse eller fremme af kulturel og sproglig mangfoldighed og mediepluralismen, herunder finansieringen af sådanne aktiviteter."

- Betragtning 12 (ny) lyder som følger:

"Dette direktiv har til formål at skabe en retlig ramme for at sikre etableringsfriheden og den frie bevægelighed for tjenesteydelser mellem medlemsstaterne, og det hverken harmoniserer eller berører strafferetten. De strafferetlige bestemmelser berøres derfor generelt ikke af dette direktiv. Medlemsstaterne bør ikke kunne begrænse den frie udveksling af tjenesteydelser ved at anvende strafferetlige bestemmelser, der specifikt berører adgangen til at optage eller udøve servicevirksomhed med henblik på derved at omgå reglerne i dette direktiv."

- Betragtning 13 (ny) lyder som følger:

"Det er ligeledes vigtigt, at dette direktiv fuldt ud respekterer EF-initiativer med hjemmel i traktatens artikel 137 med henblik på at virkeliggøre de i traktatens artikel 136 fastlagte mål om fremme af beskæftigelsen og forbedring af leve- og arbejdsvilkårene."

- Betragtning 14 (ny) lyder som følger:

"Dette direktiv berører ikke arbejds- og ansættelsesvilkår som f.eks. maksimal arbejdstid og minimal hviletid, mindste antal betalte feriedage pr. år, mindsteløn og sikkerhed, sundhed og hygiejne på arbejdspladsen, det berører ikke forholdet mellem arbejdsmarkedets parter, herunder retten til at forhandle og indgå kollektive aftaler, retten til at strejke og til at gennemføre faglige aktioner, og det gælder heller ikke for tjenesteydelser, der udføres af vikarbureauer. Direktivet berører heller ikke medlemsstaternes lovgivning om social sikring."

- Betragtning 15 (ny) lyder som følger:

"Dette direktiv bør fortolkes således, at der skabes overensstemmelse mellem udøvelsen af de grundlæggende rettigheder, der anerkendes i medlemsstaterne og i EU's charter om grundlæggende rettigheder, og som fremgår af traktatens artikel 43 og 49. Disse grundlæggende rettigheder omfatter bl.a. rettigheden til at gennemføre faglige aktioner. Dette direktiv bør fortolkes således, at de grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder får fuld gyldighed."

- Betragtning 16 (ny) lyder som følger:

"Dette direktiv vedrører udelukkende tjenesteydere, der er etableret i en medlemsstat, og omfatter ikke eksterne aspekter. Det vedrører ikke forhandlinger i internasjonale organisationers regi om handel med tjenesteydelser, navnlig inden for rammerne af den almindelige overenskomst om handel med tjenesteydelser".

Oppsummert (nr. 8-16) kan en si at det påpekes at direktivet i seg selv ikke åpner for ytterligere privatisering eller avskaffing av monopoler. Direktivet berører ikke tjenesteyteres rett til offentlige støtteordninger. Det avgrenser seg mot nasjonale ordninger "for beskyttelse eller fremme af kulturel og sproglig mangfoldighed og mediepluralismen, herunder finansieringen af sådanne aktiviteter". Direktivet avgrenses mot strafferettslige bestemmelser, idet dette "hverken harmoniserer eller berører strafferetten. De strafferetlige bestemmelser berøres derfor generelt ikke af dette direktiv". Nasjonal strafferett som virker mobilitetshemmende må imidlertid ikke anvendes i medlemsstatene. Tjenstedirektivet skal praktiseres slik at det ikke strider mot EU-initiativ iht. EF traktaten artikkel 137, dvs. EUs egne arbeidsmiljøbestemmelser. Direktivet avgrenser seg også mot arbeids- og ansettelsesvilkår, tariffavtaler, streikerett, politisk streik, og direktivet kommer ikke til anvendelse for vikarbyråer. Medlemsstatene kan beholde lovverk som sikrer sosial trygghet. I betraktning 15 garanteres en samsvarende tolkning med EU charteret om de grunnleggende rettigheter, dvs. herunder også menneskerettighetene. Til sist avgrenses det mot tjenesteytere som opererer i utlandet, med unntak av salg inn i EU. Forhandlinger i GATS er ikke berørt av direktivet pkt. (16).

- Betraktning 17

Betraktning 7 i 2004-versjonen er forsvunnet ut av 2006-direktivet. I stedet er det kommet en ny betraktning 7a som i den endelige versjon har blitt til nr. 17 og som lyder som følger:

"Dette direktiv omfatter kun tjenesteydelser, der udføres af økonomiske hensyn. Tjenesteydelser af almen interesse 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"

I betraktning nr. 7 slik den opprinnelig lød het det kun at fagforeningers viktige rolle i forbindelse med regulering av tjenesteyting og utarbeiding af faglige regler bør anerkjennes. Denne setningen er nå tatt ut av direktivet. I stedet kom betraktning nr. 7a (i 4. april utkastet), som inneholdt en avgrensning av direktivets virkeområde, og som nesten ordrett har gått over i nr. 17. eneste forskjell er at formuleringen "Forsyningspligtydelser" i nr. 7a er blitt til "Tjenesteydelser af almen interesse". Dette er ingen realitetsendring. Endringen forteller imidlertid at ytelser av almen interesse skal tolkes så snevert som forsyningspligtytelser.

Det fremgår her at direktivet begrenses mot tjenester som ikke er av forretningsmessig art.

For eksempel faller forsyning av nøddestedte, syke, eldre, militære etc. eller oppfølgingen av hvitboken om forsyningsforpliktelser. Det er positivt sagt at tjenesteytelse som er av allmen økonomisk interesse, altså ut over snever forretningsdrift, er omfattet. Noen unntak finnes, for eksempel transportområdet. Dette må bety at dette reguleres i særskilt direktiv. For posten sies det at slik tjenesteytelse er unntatt – kun – fra reglene om fri utveksling av tjenesteytelser. Uansett gjelder direktivet ikke finansieringen av tjenesteytelser av allmen økonomisk interesse, eller statsstøtte på sosial- og arbeidsmarkedet, som er i overensstemmelse med EUs konkurranseregler.

Betraktning nr 8 i 2004 versjonen (forsikringen om at tjenstedirektivet er helt i tråd med andre direktiver vedrørende tjenesteytelser) er tatt ut av 2006 direktivet.

- Betraktning 18 gjelder finansnæringen så fremt og så langt dette er omfattet av spesiell EU-rett som har til formål å oppnå et gjennomført indre marked. I 2006 versjonen er dette utsagn nærmere presisert:

"Denne udelukkelse bør derfor omfatte alle finansielle tjenesteydelser såsom bank-, kredit-, forsikrings- og genforsikringsvirksomhet, erhvervstilknyttede eller personlige pensionsordninger, tjenesteydelser i forbindelse med værdipapirer, investerings-, fonds- og betalingsvirksomhet og investeringsrådgivning, herunder de tjenesteydelser, der er anført i bilag I til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/48/EC fra 14. juni 2006 om adgang til å starte og utøve virksomhet som kredittinstitusjon".

- Betraktning 19 (noe endret i tekst siden 2004):

"I lys av vedtakelsen i 2002 av en pakke av rettsakter knyttet til elektroniske kommunikasjonsnettverk og -tjenester, samt til tilknyttede ressurser og tjenester, som har etablert rammeregler for å lette tilgang til disse virksomhetene i det indre marked ved å fjerne de fleste enkeltstående godkjenningsordningene, må saker som omhandles av disse ordningene utelukkes fra virkeområdet til dette direktiv".

- I betraktning 20 kommer en presisering av reglen i 2004-versjonens betraktning 10 (nå nr. 19) – vedrørende elektroniske kommunikasjonstjenester. Den lyder som følger:

"De udelukkelse fra anvendelsesområdet, der angår spørsmål om elektroniske kommunikasjonstjenester, som er omfattet av Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/19/EF av 7. mars 2002 om adgang til, og forbindelse med, elektroniske kommunikasjonsnettverk og assosierte fasiliteter (Adgangsdirektivet)¹⁴⁶, 2002/20/EF av 7. mars 2002 om tillatelse til elektroniske kommunikasjonsnettverk og tjenester (Tillatelsesdirektivet)¹⁴⁷, 2002/21/EF av 7. mars 2002 om et felles rammeverk for elektroniske kommunikasjonsnettverk og tjenester (Rammeverksdirektivet)¹⁴⁸, 2002/22/EF av 7. mars 2002 om universelle tjeneste- og forbrukerrettigheter i forbindelse med elektroniske kommunikasjonsnettverk og tjenester¹⁴⁹ og 2002/58/EF av 12. juli 2002 om behandling av personlige data og personvern i sektor for elektronisk kommunikasjon (Direktiv om personvern og elektronisk

¹⁴⁶ EFT C 108 av 24.4.2002, s. 7.

¹⁴⁷ EFT C 108 av 24.4.2002, s. 21.

¹⁴⁸ EFT C 108 av 24.4.2002, s. 33.

¹⁴⁹ EFT C 108 av 24.4.2002, s. 51.

kommunikasjon)¹⁵⁰ bør ikke kun gælde for spørgsmål, der specifikt behandles i de pågældende direktiver, men også spørgsmål, for hvilke medlemsstaterne i henhold til udtrykkelige bestemmelser i direktiverne kan vedtage visse foranstaltninger på nationalt plan.”

- Betragtning 21 (nr. 10 b i 4. april utkastet) lyder som følger:

”Transporttjenester, herunder bytransport, hyrevogns- og ambulancekørsel og havnetjenester, er udelukket fra dette direktivs anvendelsesområde.”

- Betragtning 22 (ny i forhold til teksten i 4. april utkastet) lyder som følger:

”Ekskludering av helsetjenesten omfatter helsetjenester og farmasøytiske tjenester som ytes av helsepersonell til pasienter for å vurdere, vedlikeholde eller gjenopprette deres helsetilstand i de tilfeller der disse virksomhetene er reservert for lovregulert helsepersonell i den medlemsstat der tjenestene ytes”.

- Betragtning 23 lyder som følger:

”Dette direktiv berører ikke refusion af udgifter til sundhedsydelse, der er ydet i en anden medlemsstat end den, modtageren af sundhedsydelsen er bosiddende i. EF-Domstolen har behandlet dette spørgsmål ved talrige lejligheder, og den har anerkendt patientens rettigheder. Det er vigtigt at behandle dette spørgsmål i et andet fællesskabsretligt instrument for at opnå større retssikkerhed og retlig klarhed i det omfang, spørgsmålet ikke allerede er behandlet i Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 om koordinering af de sociale sikringsordninger”.

- Betragtning 24 lyder som følger:

”Audiovisuelle tjenesteydelser bør også, uanset transmissionsform, herunder i biografer, udelukkes fra dette direktivs anvendelsesområde. Direktivet omfatter heller ikke støtte, der bevilges af medlemsstaterne i den audiovisuelle sektor, og som er omfattet af Fællesskabets konkurrenceregler.”

- Betragtning 25 lyder som følger:

”Spil, som indebærer, at der gøres indsats med penge i hasardspil, herunder lotterier og væddemål, bør udelukkes fra dette direktivs anvendelsesområde i betragtning af den særlige beskaffenhed af disse aktiviteter, som medfører, at medlemsstaterne iværksætter strategier vedrørende den offentlige orden og beskyttelsen af forbrugerne.”

- Betragtning 26 lyder som følger:

”Dette direktiv berører ikke anvendelsen af traktatens artikel 45.”

Dette gjelder samarbeidet i EU på områder der medlemsstatene har fortsatt kompetanse til å

⁵ EFT C 201 av 31.7.2002, s. 37. Direktiv sist endret ved Direktiv 2006/24/EF (EUT L 105, 13.4.2006, s. 54.

handle selvstendig Her er det tatt ut følgende tekst fra 4.april utgaven: *"særlig for så vidt angår visse aktiviteter, der udføres af notarer og andre erhverv, i forbindelse med kompetence til at bekræfte dokumenters ægthed og udstede attester"*. Dette betyr at det ikke er noen begrensning av samarbeidsplikten til slike notariale forretninger. Dvs. en ganske omfattende økning av områder der samhandling skal finne sted. Her gjelder bl.a. notifikasjonsplikten med sikte på å få til en samordnet aksjon. Artikkel 45 gir EU et kontrollansvar overfor nasjonale tiltak. Sammenholdt med notifikasjonsplikten (betraktning 51), vil det nok bety at EU har muligheter til å stanse tiltak allerede i starten.

- Betraktning 27 lyder slik

"Dette direktiv bør ikke omfatte de sociale tjenesteydelser i forbindelse med boligbygging, barnepasning og støtte til trængende familier og personer, som udføres af staten eller af tjenesteydere med opdrag fra staten - på nationalt, regionalt eller lokalt plan - for at støtte personer, der er i særlig nød på grund af utilstrækkelig indkomst i familien eller en fuldstændig eller delvis mangel på uafhængighed, eller som er i fare for at blive marginaliseret. Disse tjenesteydelser er væsentlige for at sikre den grundlæggende ret til menneskelig værdighed og integritet og er udtryk for principperne om social samhørighed og solidaritet og bør ikke berøres af dette direktiv."

- Betraktning 28 lyder slik

"Dette direktiv berører ikke finansiering af sociale tjenesteydelser eller støttemuligheder i forbindelse hermed. Det berører heller ikke de kriterier eller betingelser, som medlemsstaterne har fastsat for at sikre, at de sociale tjenesteydelser kommer samfundet som helhed til gode og bidrager til social samhørighed. Dessuden bør direktivet ikke berøre princippet om forsyningspligt med hensyn til sociale tjenesteydelser i medlemsstaterne."

Uten å gå i detalj her, er hovedpoenget med slike spesifikke gjennomganger av unntak å vise at tjenstedirektivet gjelder så fremt og så langt ikke unntak er eksplisitt nevnt. Dette følger altså det vanlige mønster under EU-retten: Hovedregler tolkes utvidende og unntak innskrenkende. Dvs. unntak gjelder kun så fremt og så langt det ikke er eksplisitt unntatt. Kun da er domstolen pliktig til ikke å anvende en regel, i dette tilfelle tjenstedirektivet.

- Betraktning 29 har følgende formulering:

"Da traktaten inneholder spesifikke betemmelser som retsgrundlag for skatter og afgifter, og da der allerede er vedtaget fællesskabsinstrumenter på dette område, er det nødvendig at udelukke skatter og afgifter fra dette direktivs anvendelsesområde".

Dette er en ny formulering som var innbefattet i betraktning 11 (2004- og 2006-utkastet). om at de transporttjenester som allerede er omfattet af en række spesifikke fællesskabsinstrumenter skal udelukkes fra dette direktivs anvendelsesområde er flyttet

- Betraktning 30 utdyper forholdet mellom tjenstedirektivet og eldre EU-rett som angår tjensteyting. Det har også kommet nye momenter. Betraktning 30 sier at alle tjensteytingsrelevante bestemmelser supplerer hverandre, dvs. overlapper hverandre. Det har skjedd en omformulering i forhold til 2004 utgaven av direktivet:

"Den gældende fællesskabsret om servicevirksomhed er allerede meget omfattende. Dette direktiv bygger på og kompletterer derved gældende fællesskabsret. Konflikter mellem dette direktiv og andre fællesskabsinstrumenter er identificeret og omhandlet i dette direktiv, bl.a. ved hjælp af undtagelser. Det er dog nødvendigt at fastsætte en regel for eventuelle yderligere tilfælde og undtagelsestilfælde, hvor der er en konflikt mellem en bestemmelse i dette direktiv og en bestemmelse i et andet fællesskabsinstrument. Eksistensen af en sådan konflikt bør konstateres i overensstemmelse med traktatens bestemmelser om etableringsret og fri bevægelighed for tjenesteydelser."

Formuleringen er identisk med 4. april-utkastet med unntak at siste setning i 4. april-versjonen; "En konflikt mellom en bestemmelse i direktivet og et fremtidig fællesskabsinstrument bør undgås i forbindelse med udformningen af og forhandlingerne om et sådant instrument", er fjernet. Dette er det da opp til fremtidige lovgivere å ta stilling til.

- Betraktning 31 sier som følger:

"Dette direktiv er i overensstemmelse med og berører ikke Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/36/EF om anerkendelse af erhvervsmæssige kvalifikationer. Det behandler spørgsmål uden tilknytning til erhvervsmæssige kvalifikationer, f.eks. erhvervsansvarsforsikring, kommerciel kommunikation, virksomhed på flere områder og administrativ forenkling. Med hensyn til midlertidig udveksling af tjenesteydelser på tværs af grænserne sikrer en undtagelse fra bestemmelsen om fri udveksling af tjenesteydelser i nærværende direktiv, at afsnit II om fri udveksling af tjenesteydelser i direktiv 2005/36/EF om anerkendelse af erhvervsmæssige kvalifikationer ikke berøres. Derfor berøres ingen af de foranstaltninger, der finder anvendelse i henhold til nævnte direktiv i den medlemsstat, hvor tjenesteydelsen udføres af. bestemmelsen om fri udveksling af tjenesteydelser".

- Betraktning 32 sier som følger:

"Dette direktiv er i overensstemmelse med fællesskabslovgivningen om forbrugerbeskyttelse som f.eks. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/29/EF om urimelig handelspraksis (Direktiv om urimelig handelspraksis)¹⁵¹ og Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 2006/2004 om samarbejde mellem nationale myndigheder med ansvar for håndhævelse af lovgivning om forbrugerbeskyttelse ("forordningen om forbrugerbeskyttelsessamarbejde")¹⁵²"

• Betraktning 33 har en liten tilføyelse i forhold til 2004 utkastet (betraktning 14): I listen over hva direktivet omfatter så er det nevnt forbrukertjenester av ulike slag. Direktivet gjelder alle forbrukertjenester og så tilføyes det; **med mindre det er oppstilt et særskilt unntak fra direktivets anvendelsesområde.**

• Betraktning 34 bygger på 2004-betraktning nr. 15 som ble tatt ut av direktivet og skrevet inn i nr. 16 og som så i tjenstedirektivet er blitt til betraktning 34:

"I henhold til Domstolens praksis skal det vurderes i hvert enkelt tilfælde, om

¹⁵¹ EUT L 149 av 11.6.2005, s. 22.

¹⁵² EUT L 364 av 09.12.2004, s. 1. Forordning sist endret ved Direktiv 2005/29/EF.

bestemte former for virksomhed, navnlig virksomhed, der finansieres af det offentlige eller udføres af offentlige enheder, udgør en "tjenesteydelse", og vurderingen skal bygge på samtlige virksomhedens egenskaber, navnlig den måde, hvorpå den udføres, tilrettelægges og finansieres i den pågældende medlemsstat. Domstolen har fundet, at betalingskriteriet i alt væsentligt består i, at betalingen udgør det økonomiske modstykke til de pågældende tjenesteydelser, og har erkendt, at betalingskriteriet ikke er opfyldt i forbindelse med de former for virksomhed, der udføres af eller på vegne af staten uden økonomisk modydelse i forbindelse med dennes pligter på det sociale, kulturelle, uddannelsesmæssige og retslige område, f.eks. undervisning inden for rammerne af det nationale uddannelsessystem eller forvaltning af sociale sikringsordninger, hvor der ikke udøves erhvervsaktivitet. Tjenestemodtageres betaling af et gebyr, f.eks. studerendes betaling af undervisningsgebyrer eller studieafgifter som delvist bidrag til udgifterne til driften af et system, udgør ikke i sig selv betaling, fordi tjenesteydelsen stadig hovedsagelig er finansieret af offentlige midler. Disse former for virksomhed er derfor ikke omfattet af definitionen af tjenesteydelse i traktatens artikel 50 og falder derfor ikke ind under dette direktivs anvendelsesområde."

Offentlig finansierte virksomheter eller slike som utøves av det offentlige er ikke automatisk utelukket fra direktivet. Det skal være en konkret gjennomgang av disse med sikte på om "betalingskriteriet" er oppfylt. Det sies positivt at betaling av semesteravgifter ikke omfattes, så fremt disse avgifter kun delvis finansierer driften av undervisningsstedets utgifter

- Betraktning 35 inneholder en ny bestemmelse:

"Ikke-indtægtsgivende sportsudøvelse på amatørplan er af væsentlig social betydning. Denne form for sportsudøvelse tilgodeser hyppigt udelukkende sociale og rekreative formål. Derfor drejer det sig ikke nødvendigvis om erhvervsvirksomhed i fællesskabsrettens forstand, og sådanne aktiviteter falder uden for direktivets anvendelsesområde."

Bestemmelsen synes å garantere at klubbidrett – skøyte, ski, håndball, fotball etc. aktivitet – faller utenfor tjensteddirektivet. Det springende punkt er imidlertid hva som er tilstrekkelig amatørmessig til at det skal kvalifisere som unntak. Det gis ingen eksakte rammer her, jf. "dreier seg ikke nødvendigvis" om ervervsvirksomhet. Dette betyr at hovedregel er at selv amatøriddrett og ikke-inntektsgivende sport er ervervsvirksomhet med mindre annet særskilt fastslås. Dvs. det er dem som vil unnta dette fra tjensteddirektivet som har bevisbyrden. Dessuten, det er EF-domstolen som avgjør spørsmålet.

- Betraktning 36 (2004 og 2006 utkastet nr. 18) som definerer tjenesteyter, har en tilføyelse i forhold til 2004 versjonen om tjenestemottaker:

"Begrebet "tjenestemodtager" omfatter også borgere i tredjestater som allerede nyter godt av rettigheter de har fått ved fællesskapsrettsakter som forordning (EØF) nr. 1408/71¹⁵³ eller direktiv 2003/109/EF av 25. november 2003 om statusen til tredjestatsborgere som er bosatt i medlemsstaten i en lengre periode, forordning (EØF) nr. 859/2003 av 14. mai 2003 som utvider bestemmelsen i forordning (EØF) nr. 1408/71 og forordning (EØF) nr. 574/72 til borgere i tredjestater som ikke allerede er

omfattet av disse bestemmelser utelukkende på grunn av sin nasjonalitet¹⁵⁴, og europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF av 29. april 2004 om unionsborgeres og deres families rett til å bevege seg og oppholde seg fritt innenfor medlemsstatenes territorium¹⁵⁵. Videre har medlemsstatene mulighet til å utvide begrepet tjenestemottaker til andre borgere i tredjestater som befinner seg på vedkommende medlemsstats territorium”.

Betraktning nr. 37 og 38 er to nye bestemmelser i forhold til 2004-utkastet i som definerer hhv. etableringssted og selskapsform.

- Betraktning 37 sier som følger:

”En tjenesteyders etableringssted bør fastsettes i overensstemmelse med Domstolens praksis, hvorefter begrebet ”etablering” innebærer faktisk udøvelse af erhvervsvirksomhed ved hjælp af en fast indretning i et ikke nærmere angivet tidsrum. Dette krav kan også være opfyldt, hvis et selskab oprettes for en bestemt periode, eller hvis det lejer den bygning eller det anlæg, det anvender til udøvelse af sin virksomhed. Kravet kan også være opfyldt, hvis en medlemsstat giver en tidsbegrænset tilladelse til bestemte tjenesteydelser. En etablering behøver ikke have form af et datterselskab, en filial eller et agentur, men kan bestå af et kontor, der ledes af en tjenesteyders eget personale eller af en person, der er selvstændig, men bemyndiget til at handle på en vedvarende måde for virksomheden, som det ville være tilfældet med et agentur. Ifølge denne definition, der kræver faktisk udøvelse af erhvervsvirksomhed på tjenesteyderens etableringssted, kan en postkasse ikke udgøre et etableringssted. Når en tjenesteyder er etableret flere steder, er det vigtigt at afgøre, fra hvilket etableringssted den pågældende tjenesteydelse faktisk udføres. Såfremt det er vanskeligt at afgøre, fra hvilket af flere etableringssteder en bestemt tjenesteydelse udføres, er det det sted, der udgør centret for tjenesteyderens virksomhed i relation til den pågældende tjenesteydelse.”

- Betraktning 38 sier som følger:

”Begrebet ”juridiske personer” i henhold til traktatens bestemmelser om etablering giver de erhvervsdrivende mulighed for frit at vælge den retlige form, de måtte finde passende for udøvelsen af deres virksomhed. Begrebet ”juridiske personer” i henhold til traktaten omfatter derfor alle enheder, der er oprettet i henhold til eller regulert af en medlemsstats lovgivning uanset deres retlige form.”

- Betraktning 39 lyder:

”Begrepet ”godkjenningsordning” omfatter blant annet forvaltningsmessige fremgangsmåter for å gi tillatelser, lisenser, godkjenninger eller ordninger, samt en plikt, for å kunne utøve vedkommende virksomhet, til å være registrert som medlem av et yrke eller være oppført i et register, en medlemsrulle eller en database, være offisielt utpekt til et organ eller motta et kort som attesterer medlemskap i et bestemt yrke. Godkjenning kan gis ikke bare ved en formell beslutning, men også ved en implisitt beslutning som for eksempel oppstår dersom det ikke kommer noen reaksjon

¹⁵⁴ EFT L 124 sv 25.5.2003, s. 1.

¹⁵⁵ EFT L 158 av 30.4.2004, s. 77.

fra vedkommende myndighet eller ved at den berørte part må vente på en bekreftelse på mottak av en erklæring for å kunne begynne vedkommende virksomhet eller på at nevnte erklæring skal bli rettsgyldig."

- Betraktning 40 lyder:

"Begrebet "tvingende almene hensyn", der henvises til i visse af dette direktivs bestemmelser, er blevet udviklet gradvis af Domstolen i dens praksis vedrørende traktatens artikel 43 og 49 og vil formentlig undergå en yderligere udvikling. Begrebet, således som det er blevet anerkendt ved Domstolens praksis, dækker mindst følgende områder: offentlig orden, offentlig sikkerhed og offentlig sundhed i den i traktatens artikel 46 og 55 indeholdte betydning, opretholdelse af samfundsordenen, mål på det sociale og arbejdsmarkedsmæssige område, beskyttelse af tjenestemodtagere, forbrugerbeskyttelse, beskyttelse af arbejdstagere, herunder den sociale beskyttelse af disse, opretholdelse af den økonomiske balance i det sociale sikringssystem, forebyggelse af svig, forebyggelse af illoyal konkurrence, miljøbeskyttelse og beskyttelse af bymiljøet, herunder by- og landsplanlægning, beskyttelse af kreditorer, sikring af en forsvarlig forvaltning af retssystemet, trafiksikkerhed, beskyttelse af intellektuel ejendomsret, kulturpolitiske målsætninger, herunder beskyttelse af ytringsfriheden på forskellige områder, navnlig sociale, kulturelle, religiøse og filosofiske samfundsværdier, opretholdelse af et alsidigt presseudbud og fremme af nationalsproget, beskyttelse af den nationale historiske og kunstneriske arv samt veterinærpolitik."

- Betraktning 41 er en ny tekst sett i forhold til både 4. april 2006-utkastet og 2004 utkastet:

"Begrepet "offentlig politikk", som tolket av Domstolen, dekker beskyttelse av en genuin og tilstrekkelig alvorlig trussel som berører en av samfunnets fundamentale interesser, og kan særlig inkludere saker vedrørende menneskeverdighet, beskyttelse av mindreårige og svake voksne og dyrevelferd. På liknende måte inkluderer begrepet offentlig sikkerhet saker om offentlig trygghet."

- Betraktning 42 er identisk med betraktning nr. 21a i 4. april 2006-utkastet. Denne bestemmelse forklarer at direktivet ikke har til hensikt å harmonisere administrative ordninger i medlemstatene, men å fjerne godkjenningsordninger og saksbehandlingsregler som i praksis hindrer opprettelsen av nye selskaper:

"Reglerne vedrørende administrative procedurer tager ikke sigte på at harmonisere administrative procedurer, men på at fjerne alt for tyngende tilladelsesordninger, procedurer og formaliteter, som er til hinder for etableringsfriheden og dermed for oprettelsen af nye servicevirksomheder".

- Betraktning 43 (tidligere nr. 22) – som gjelder små og mellomstore bedrifter og innføringen av EU-rettslige prinsipper for fremgangsmåten vedr. godkjenning av nye virksomheter, som går under betegnelsen "kvik-skrankeordningen". SMV er beholdt som den var i 2004 direktivet, kun med noen få tekstuelle endringer. Eneste materielle endring er at "de kompetente instansers skjønns-myndighet" er blitt til " de kompetente instansers vilkårlige skøn".

I tillegg er det kommet to nye punkter:

- Betragtning 44 (2006-udkastet nr. 22a).

"Hvor det er hensigtsmæssigt, bør medlemsstaterne indføre formularer, som er harmoniserede på fællesskabsplan, som fastsat af Kommissionen, der sidestilles med certifikater, attester eller ethvert andet dokument i forbindelse med etablering."

- Betragtning 45 (2006-udkastet nr. 22b).

"Når medlemsstaterne undersøger behovet for at forenkle procedurer og formaliteter, kan det navnlig ske ud fra kriterierne nødvendighed, antal, eventuel overlapning, omkostninger, klarhed, tilgængelighed samt de forsinkelser og praktiske problemer, de vil kunne indebære for den pågældende tjenesteyder."

- Betragtning 46 som tilsvarende 2006-udkastet nr. 23 er identisk med teksten i 2004-udkastet.

I betragtning 47 som tilsvarende betragtning nr. 24 (i 2004 og 2006-udkastet) er det gjort noen få tilføjelser. Formuleringen "bekræftede oversættelser" er gitt et tillegg "fremlæggelse af originale dokumenter, bekræftede genparten". Opplistingen som i 2004 var begrenset til "beskyttelsen af arbejdstagerne", er gitt tilføyelsen "den offentlige sundhed, miljøbeskyttelse eller forbrugerbeskyttelse". Av "hensyn til beskyttelse av bymiljøet" er blitt til "at tilladelsen skal begrænses til en bestemt del af det nationale område".

- Betragtning 48 tilsvarende nr. 25 (2004) og beskriver de administrative prosedyrer (Kvikskrunkene).

- Betragtning 49 (ny):

"Det gebyr, som kvikskrunkene kan opkræve, bør stå i et rimeligt forhold til omkostningerne ved de procedurer og formaliteter, de vedrører. Dette er ikke til hinder for, at medlemsstaterne kan lade kvikskrunkene opkræve andre administrative gebyrer såsom gebyret til tilsynsorganer."

- Betragtning 50 (ny):

"Det er nødvendig, at tjenesteydere og tjenestemodtagere har nem adgang til visse typer af information. Det gælder navnlig informationer vedrørende procedurer og formaliteter, kontaktoplysninger på de kompetente myndigheder, betingelser for adgang til offentlige registre og databaser samt informationer vedrørende klagemuligheder og kontaktoplysninger på sammenslutninger og organisationer, hvor tjenesteydere og tjenestemodtagere kan få praktisk bistand. Disse informationer bør være let tilgængelige, dvs. at offentligheden bør have nem og uhindret adgang dertil. Informationerne bør være klart og utvetydigt formuleret."

- Betragtning 51 (ny):

"De oplysninger, der gøres tilgængelige for tjenesteydere og tjenestemodtagere, bør navnlig omfatte informationer vedrørende procedurer og formaliteter, kontaktoplysninger på de kompetente myndigheder, betingelser for adgang til

offentlige registre og databaser samt informationer vedrørende klagemuligheter og kontaktoplysninger på sammenslutninger og organisationer, hvor tjenesteytere og tjenestemottagere kan få praktisk bistand. De kompetente myndigheters forpliktelse til at bistå tjenesteydere og tjenestemottagere indbefatter ikke ydelse af juridisk rådgivning i enkeltsager. Der bør ikke desto mindre ydes generell information om, hvorledes krav normalt fortolkes eller anvendes. Hver enkelt medlemsstat fastsætter inden for rammerne af dette direktiv, hvordan oplysningerne meddeles til tjenesteydere og tjenestemottagere. Hver enkelt medlemsstat træffer selv beslutning om spørgsmål som f.eks. videregivelse af urigtige eller vildledende oplysninger."

Alle disse punkter utdyper hva EU legger i sin nye ordning med felles regler om etablering av SMV – de s.k. kvikskranner.

- I betraktning 52 er det gitt to tilføyelser, for det første presiseres det at selv om ordningene for "kvikskranner" skal administreres elektronisk, er denne "forpliktelsen er ikke til hinder for, at medlemsstatene også kan stille andre systemer end de elektroniske til rådighet til at afvikle procedurer og formaliteter". For det annet er det presisert at regler om fellesskapsordningen "berører desuden ikke medlemsstaternes lovgivning om anvendelse af sprog."

- I betraktning 53 er det inntatt en ny bestemmelse som ikke fantes i 2004 eller 4. april 2006 utkastet:

"Bevilgning av lisenser for enkelte tjenestevirksomheter kan kreve et intervju med søkeren av den vedkommende myndighet for å vurdere søkerens personlige integritet og velegnethet for å utøve den tjenesten det gjelder. I slike tilfeller kan det være at ferdiggjøringen av formaliteter ved hjelp av elektroniske hjelpemidler ikke er passende."

- I betraktning 54, som var nr. 27 i 2004 og 2006- utkastet, finnes en omtale av vilkårene for at medlemsstatene i det hele tatt har adgang til å etablere ordninger med forhåndsgodkjenning av tjenestevirksomhet. Her fremkommer at en alltid skal søke ordninger med etterfølgende kontroll fremfor forutgående tillatelser. Ordningen slik EU tenker seg den er utdypet i 2006 versjonen:

- Betraktning 55 (nr. 27a i 2006-utkastet) lyder som følger:

"Dette direktiv berører ikke medlemsstaternes mulighet for at inndrage tilladelser, efter at disse er udstedt, hvis betingelserne for at udstede tilladelsen ikke længere er opfyldt."

- Betraktning 56 (nr. 27b i 2006-utkastet) lyder som følger:

"I henhold til Domstolens praksis udgør den offentlige sundhed, forbrugerbeskyttelse, dyresundhed og beskyttelse af miljøløst tvingende almene hensyn. Sådanne tvingende almene hensyn kan begrunde anvendelsen af tilladelsesordninger og andre restriktioner, hvad angår sociale tjenesteydelser. Sådanne tilladelsesordninger eller begrænsninger må dog ikke medføre en forskelsbehandling på grund af nationalitet. Desuden skal nødvendigheds- og proportionalitetsprincippet altid respekteres."

- Betragtning 57 (nr. 27c i 2006-utkastet) lyder som følger:

"Bestemmelserne i dette direktiv vedrørende tilladelsesordninger bør finde anvendelse på de tilfælde, hvor erhvervsdrivendes adgang til at optage eller udøve servicevirksomhed er betinget af en afgørelse truffet af en kompetent myndighed. Dette berører hverken kompetente myndigheds afgørelser om at oprette en offentlig eller privat institution til at udføre en særlig tjenesteydelse eller kompetente myndigheds indgåelse af kontrakter om udførelse af en særlig tjenesteydelse, som er omfattet af bestemmelserne om offentlige indkøb."

- Betragtning 58 (nr. 27d i 2006-utkastet) lyder som følger:

"For at lette adgangen til at optage og udøve servicevirksomhed er det vigtigt at evaluere tilladelsesordningerne og deres berettigelse og at rapportere herom. Denne rapporteringspligt går kun på, om der findes en tilladelsesordning, og ikke på kriterier og betingelser for udstedelse af en tilladelse."

- Betragtning 59 (nr. 27e i 2006-utkastet) lyder som følger:

"Tilladelsen bør som hovedregel give tjenesteyderen adgang til at optage eller udøve den pågældende servicevirksomhed på hele det nationale område, undtagen når en områdemæssig begrænsning er begrundet i et tvingende alment hensyn. Miljøbeskyttelse kan f.eks. berettige kravet om, at der skal indhentes en individuel tilladelse for hvert enkelt anlæg på det nationale område. Denne bestemmelse berører ikke de regionale eller lokale kompetencer for udstedelse af en tilladelse i medlemsstaterne."

- Betragtning 60 (nr. 27f i 2006-utkastet) lyder som følger:

"Dette direktiv og navnlig bestemmelserne vedrørende tilladelsesordninger og tilladelsers territoriale anvendelsesområde griber ikke ind i den regionale eller lokale kompetencefordeling i de enkelte medlemsstater, herunder regionalt og lokalt selvstyre og anvendelsen af officielle sprog."

- Betragtning 61 (nr. 27g i 2006-utkastet) lyder som følger:

"Bestemmelsen om, at betingelserne for tilladelse ikke må være overlappende, er ikke til hinder for, at medlemsstaterne kan anvende deres egne betingelser, der er fastsat i tilladelsesordningen. Den betyder blot, at de kompetente myndigheder, når de undersøger, om ansøgeren opfylder betingelserne, skal tage hensyn til tilsvarende betingelser, som ansøgeren allerede har opfyldt i en anden medlemsstat. Bestemmelsen indebærer ikke anvendelse af de betingelser for udstedelse af en tilladelse, der er fastsat i en anden medlemsstats tilladelsesordning."

Det er noen uklart om – se særlig siste setning i betraktning 61 – medfører at en tillatelse gitt i en stat automatisk medfører at vedkommende virksomhet også må gis tilsvarende tillatelse til å drive servicevirksomhet i en annen stat

- I betraktning 62, se nr. 28 i 2004 og 2006-utkastene):

"I tilfælde, hvor antallet af mulige tilladelser for en given form for virksomhed er begrænset på grund af knappe naturlige ressourcer eller begrænset teknisk kapacitet, f.eks. i forbindelse med tildeling af analoge radiofrekvenser eller udnyttelse af et vandkraftværk, skal der anvendes en procedure for udvælgelse af ansøgere, hvilket har til formål at forbedre kvaliteten af og vilkårene for de tjenesteydelser, der tilbydes brugerne, gennem fri konkurrence. Denne procedure skal sikre gennemsigtighed og uvildighed, og den tilladelse, der således udstedes, må ikke være af uforholdsmæssig lang varighed og må ikke kunne fornyes automatisk eller indebære fordele for den udvalgte tjenesteyder. Nærmere bestemt skal varigheden af tilladelsen fastsættes således, at den ikke hæmmer eller begrænser den frie konkurrence mere end nødvendigt for at sikre afskrivningen på investeringerne og et rimeligt afkast af den investerede kapital. Denne bestemmelse bør ikke være til hinder for, at medlemsstaterne kan begrænse antallet af tilladelser af andre grunde end knappe naturlige ressourcer eller begrænset teknisk kapacitet. Sådanne tilladelser er under alle omstændigheder underlagt de øvrige bestemmelser om tilladelsesordninger i dette direktiv."

- Dette utdypes i betragtning 63 (2006-utkastets punkt 28a):

"Hvis der ikke foreligger andre ordninger, bør en tilladelse betragtes som udstedt, hvis der ikke foreligger et svar inden for en bestemt frist. Der kan dog fastsættes en anden ordning for bestemte former for virksomhed, hvis dette er objektivt begrundet i et tvingende alment hensyn, herunder tredjeparts legitime interesse. Sådanne andre ordninger bør omfatte nationale regler, hvorefter ansøgningen anses for at være afslået, hvis der ikke foreligger svar fra den kompetente myndighed, hvis afslaget kan indbringes for domstolene.."

Her bestemmes det at tillatelsesordninger nasjonalt skal være innrettet slik at fravær av positivt vedtak regnes som likegodt med tillatelse, etter utløpet av en bestemt frist fastsatt av EU. Denne ordningen med stiltiende tilladelse, som har vært kritisert, er uttrykkelig fastslått i tjenstedirektivet. Regler om stiltiende tilladelse fantes i 2004-utkastet betraktning 22.

- Betraktning 64 er identisk med nr. 30 i 2004-utkastet. Den inneholder en hovedregel vedrørende adgangen til å pålegge at medlemsstatene fjerner nasjonal skranker for fri flyt av etableringer og tjenester:

"Med henblik på at skabe et ægte indre marked for tjenesteydelser er det nødvendigt at fjerne de restriktioner for etableringsfriheden og den frie bevægelighed for tjenesteydelser, der fortsat findes i visse medlemsstaters lovgivninger, og som er uforenelige med henholdsvis traktatens artikel 43 og 49. De restriktioner, der skal forbydes, påvirker specielt det indre marked for tjenesteydelser og bør afvikles systematisk så hurtigt som muligt."

- Betraktning 65 (tidligere nr. 31) har en tilføyelse (i fete typer) sett i forhold til 2004 versjonen:

"Etableringsfriheden indbefatter bl.a. ligebehandlingsprincippet, der ikke blot forbyder enhver forskelsbehandling begrundet i nationalitet, men også enhver indirekte forskelsbehandling, som er begrundet i andre forhold, men reelt kan føre til samme resultat. Således må der for adgangen til at optage eller udøve servicevirksomhed i en medlemsstat, både som hoved- og som bivirksomhed, ikke

stilles krav om etablering, ophold, bopæl eller om, at der skal være tale om tjenesteyderens hovedvirksomhed. I visse tilfælde kan tvingende almene hensyn imidlertid begrunde, at en tjenesteyder eller en af dennes ansatte eller en repræsentant tvinges til at være til stede under udøvelsen af vedkommendes virksomhed. En medlemsstat kan heller ikke anfægte selskabers retsevne og processuelle partsevne, hvis de er oprettet i overensstemmelse med lovgivningen i en anden medlemsstat, hvor de er etableret for så vidt angår deres hovedvirksomhed. Herudover bør en medlemsstat ikke give tjenesteydere, der har særlig tilknytning til et nationalt eller lokalt socioøkonomisk miljø, nogen form for fordel. Desuden bør medlemsstaten heller ikke på grund af tjenesteydernes etableringssted kunne begrænse den pågældendes muligheder for at erhverve, udnytte eller afhænde rettigheder og goder eller opnå forskellige former for lån og bolig, hvis dette befordrer den pågældendes adgang til at optage og udøve den pågældende virksomhed."

Dette betyr at EU erkjenner at vertsstaten ikke kan oppstille noen regel om at opphold, bopel, etablering, styrets sete, hovedkontor etc. skal lokaliseres til denne stat, med unntak av de tvingende tilfelle der personlig tilstedeværelse er påkrevet.

- Betraktning 66 (tidligere nr. 32) som gjelder forbudet mot at medlemsstaten iverksetter noen økonomisk undersøkelse av om ny tjenesteyter kan tillates å praktisere, unntar undersøkelse av forhold vedrørende bymiljøet og iht tilføyelsen "socialpolitiske mål og den offentlige sundhet".

Videre gis det en utdyping som følger i pkt. 67 og 68 (tidligere 32a og 32b).

- Betraktning 67:

"Med hensyn til finansiell sikkerhet eller forsikring vedrører forbuddet kun krav om, at den påbudte finansielle sikkerhet eller forsikring skal tilveiebringes via et finansieringsinstitutt etablert i den pågældende medlemsstat."

- Betraktning 68:

"Med hensyn til forudgående optagelse i registre vedrører forbuddet kun krav om, at tjenesteyderen forud for etableringen skal have været registrert i en given periode i et register i den pågældende medlemsstat."

- I betraktning 69 (tidligere nr. 33) gis det anvisninger på hvordan samordningen av moderniseringen av medlemsstatenes regler skal undersøkes mht deres samsvar med kravene i det indre marked. i 2006 utgaven av direktivet er det presisert:

"For at samordne moderniseringen af de nationale love og bestemmelser, så de stemmer overens med kravene i det indre marked, bør der ske en evaluering af visse ikkediskriminerende nationale krav, som på grund af deres karakter mærkbart kan indskrænke eller ligefrem hindre adgangen til at optage eller udøve servicevirksomhed i henhold til etableringsfriheden. Denne evaluering er kun møntet på at undersøge, om disse krav er forenelige med de kriterier, Domstolen allerede har fastsat for etableringsfriheden. Den vedrører ikke anvendelsen af Fællesskabets konkurrenceregler. Hvis sådanne krav er diskriminerende eller ikke er objektivt begrundet i tvingende almene hensyn, eller hvis de er for vidtgående, skal de ophæves eller ændres. Resultatet af evalueringen vil være forskelligt alt efter virksomhedens art og det relevante almene hensyn. I henhold til Domstolens praksis vil sådanne krav

navnlig kunne være fuldt begrundet, hvis de stilles for at oppfylde socialpolitiske mål”.

- I betraktning 70 (nr. 33a i 2006-utkastet):

”Ved anvendelsen af dette direktiv må tjenesteydelser kun betragtes som tjenesteydelser af almen økonomisk interesse i dette direktiv og med forbehold af traktatens artikel 16, hvis de udføres for at varetage en særlig opgave af almen interesse, som tjenesteyderen har fået overdraget af den pågældende medlemsstat. Overdragelsen af en sådan opgave skal ske ved en eller flere retsakter, hvis udformning fastsættes af den enkelte medlemsstat, og hvori den særlige opgaves nøjagtige karakter er angivet”.

- I betraktning 71 (nr. 33b i 2006-utkastet):

”Den gensidige evaluering i henhold til dette direktiv berører ikke medlemsstaternes frihed til i deres lovgivning at fastsætte et højt niveau for beskyttelse af almene hensyn, navnlig hvad angår mål på det sociale og arbejdsmarkedsmæssige område. Den gensidige evaluering skal desuden i fuldt omfang tage hensyn til det særegne ved tjenesteydelser af almen økonomisk interesse og de særlige opgaver, der pålægges dem. Disse mål kan begrunde visse restriktioner med hensyn til etableringsfriheden, navnlig hvis restriktionerne forfølger mål, hvad angår beskyttelsen af den offentlige sundhed, samt mål på det sociale og arbejdsmarkedsmæssige område, og hvis de oppfyller betingelserne i artikel 15, stk. 3, litra a)-c). Hvad angår forpligtelsen til at have en bestemt retlig form for at udøve visse tjenesteydelser på det sociale område, har Domstolen for eksempel allerede anerkendt, at det kan være berettiget at kræve af tjenesteyderen, at denne er en nonprofitorganisation”.

Ved disse tilføyelser klargjøres det at EUs gjennomgang av medlemsstatsordningene kun skal gjelde for etableringsfriheten. Hvis motivet nasjonalt for konsesjonskravet ikke holder dvs. ikke kan begrunnes i tvingende almene hensyn, eller er diskriminerende, må de nasjonale ordninger oppheves eller endres (pkt. 32). Det presiseres hva som kvalifiserer som tjenesteytelser av almen økonomisk interesse, også at det kun er private tjenesteytere som er en non profit NGO som kan få unntak for å gjennomføre tjenesteytelser på det sosiale område.

- Betraktning 72, denne lyder slik i dansk språkdrakt:

”Tjenesteydelser af almen økonomisk interesse omfatter vigtige opgaver i forbindelse med social og territorial samhørighed. Varetagelsen av disse opgaver bør ikke hindres som følge av den evaluering, der er omhandlet i direktivet. Krav der er nødvendige for varetagelsen av disse opgaver, bør ikke berøres av evalueringen, men samtidig bør ubegrundede begrensninger i etableringsretten også omhandles”.

Selv om det ikke er fullgod mening i alle setninger isolert betraktet, er det muligheter for å komme til en forståelse av meningsinnholdet. Denne må leses i sin kontekst, idet det vises utover selve betraktning 72. Når det skrives om evaluering vises det til gjennomgangen av nasjonale skranker for utenlandsk tjenesteytelser, se screening-prosessen omhandlet i betraktning 74.

Dette er en betraktning om hvordan evalueringen av nasjonale skranker skal foregå og skulle da ha det følgende meningsinnhold: Ivaretagelsen av sosial og territoriell samhørighet i EU (jf. ”disse opgaver”) blir berørt av tjenesteytelser av allmenn økonomisk interesse. Fremme av disse oppgaver skal ikke hindres av evalueringen, altså den forestående screening

må ikke gjennomføres på en måte som skader byggingen av den sosiale og territoriale samhörighet. Så tar EU opp en annen bekymring og det gjelder at når talen angår tjenesteyting skal det med dette ikke medføre noen ekskludering av skranker for etableringsretten som også skal omfattes av evalueringen.

I den norske oversettelsen har dette stykke meningsinnhold fått følgende formulering:

"Tjenester av allmenn økonomisk interesse er overlatt viktige oppgaver vedrørende sosial og territorial sammenheng. Utførelsen av disse oppgavene skal ikke være til hinder som et resultat av evalueringsprosessen som dette direktiv har ansvar for. Nødvendige krav for ferdiggjørelsen av slike oppgaver skal ikke bli berørt av denne prosessen, mens, samtidig, ubegrunnede restriksjoner av etableringsadgang skal tas opp".

Etter mitt skjønn er den norske teksten heller lite dekkende for det som er tekstens meningsinnhold. Det er ikke lett å forstå for meg at "samhörighet" skal bety "sammenheng" på norsk. Det er faktisk slik at ingen av de steder der dansk tekst bruker samhörighet (i alt 5 steder) har den norske teksten benyttet ordet. Dansk tekst bruker ikke sammenheng noen av de steder der den norske teksten bruker det. Ett sted brukes uttrykket sammenheng (artikkel 22 (1) j): i betydningen noe som forstås i sin kontekst. Sammenheng er noe som forteller noe om mer eller mindre tilfeldige forbindelser mens tilhörighet betegner noe som bygger på et følelsesmessig forhold. Den valgte forvanskning av tilhörighet med sammenheng er lite skjønnsom.

- I betraktning 73 (tidligere nr 34) er det også gjort tilføyelser (fete typer) mht. hva EU kan kontrollere i de nasjonale ordninger som virker inn på muligheten for etableringer innenfor servicevirksomhet og hvordan systemet skal gjennomføres:

"Blandt de krav, der skal undersøges, er nationale ordninger, der af andre årsager end dem, der vedrører erhvervsmæssige kvalifikationer, forbeholder bestemte tjenesteydere adgangen til visse former for virksomhed. Disse krav omfatter også forpliktelse til, at tjenesteyderen skal have en bestemt retlig form, navnlig at han skal være en juridisk person, et personligt selskab, en nonprofitorganisation eller et selskab, som udelukkende ejes af fysiske personer, og krav vedrørende besiddelsen af et selskabs kapital, herunder navnlig pligt til at råde over en mindstekapital til visse former for servicevirksomhed eller til at have særlige erhvervsmæssige kvalifikationer for at kunne besidde kapitalandele i eller lede visse selskaber. Evalueringen af, om faste minimums- og/eller maksimumspriser er forenelige med etableringsfriheden, berører kun de priser, som de kompetente myndigheder specifikt har fastsat for udførelsen af bestemte tjenesteydelser, og berører f.eks. ikke almindelige regler om prisfastsættelse af bl.a. husleje".

- Betraktning 74 (ny) har følgende ordlyd:

"Den gensidige evaluering betyder, at medlemsstaterne i gennemførelsesperioden først skal gennemføre en "screening" af deres lovgivning for at konstatere, om ovennævnte krav findes i deres retssystem, og at de derefter senest ved udgangen af gennemførelsesperioden skal udarbejde en rapport om resultaterne af denne screening. Hver rapport forelægges alle de andre medlemsstater og andre, der berøres heraf. Medlemsstaterne har derefter seks måneder til at fremsætte bemærkninger til rapporterne. Senest den 31. december 2008 udarbejder Kommissionen en oversigtsrapport, eventuelt ledsaget af forslag til yderligere initiativer. Kommissionen

bistår om nødvendigt og i samarbejde med medlemsstaterne den enkelte medlemsstat med udarbejdelsen af en fælles fremgangsmåde.”

- Betragtning nr. 35 er fjernet.
- I betragtning 75 (tidligere nr. 36) er teksten beholdt:

”Den omstændighed, at der i dette direktiv anføres en række krav, som medlemsstaterne skal ophæve eller evaluere i gennemførelsesperioden, er ikke til hinder for, at der kan anlægges traktatbrudssag mod en medlemsstat for manglende opfyldelse af dens forpligtelser i henhold til traktatens artikel 43 eller 49.”

- Betragtning 76 (2006-udkastet nr. 36a og 2004-udkastet nr. 17) gir præciseringer til betragtning 75:

”Dette direktiv vedrører ikke anvendelsen af traktatens artikel 28-30 om frie varebevægelser. De restriktioner, der forbydes i medfør af bestemmelsen om fri udveksling af tjenesteydelser, er krav, der gælder for adgangen til at optage og udøve servicevirksomhed, ikke krav, der gælder for varer som sådan”.

Det gøres her en vigtig sondring mellem situationer som omfattes af etableringsfriheten og regler om fri flyt af tjenesteydelser.

- Betragtning 77:

Denne findes i 4. april 2006-udkastet (som betragtning 36b) og i 2004-udkastet som betragtning 19.

”Når en erhvervsdrivende begiver sig til en anden medlemsstat for dér at udøve servicevirksomhed, bør der sondres mellem situationer, der falder ind under etableringsfriheten, og situationer, som på grund af den pågældende virksomheds midlertidige karakter er omfattet af den frie bevægelighed for tjenesteydelser. Med hensyn til sondringen mellem anvendelsen af henholdsvis etableringsfriheten og den frie bevægelighed for tjenesteydelser er det ifølge Domstolens praksis afgørende, om den erhvervsdrivende er etableret i den medlemsstat, hvor han udfører den pågældende tjenesteydelse. Hvis han er etableret i den medlemsstat, hvor han udfører tjenesteydelser, er han omfattet af etableringsfriheten. Hvis den erhvervsdrivende derimod ikke er etableret i den medlemsstat, hvor tjenesteydelsen leveres, er hans virksomhed omfattet af den frie bevægelighed for tjenesteydelser. I henhold til Domstolens faste praksis skal den midlertidige karakter af den pågældende virksomhed ikke kun vurderes på grundlag af ydelsens varighed, men også på grundlag af dens hyppighed, periodiske karakter eller kontinuitet. Ydelsens midlertidige karakter bør imidlertid ikke udelukke, at tjenesteyderen i værtsmedlemsstaten kan indrette visse faciliteter (herunder et kontor, et lokale eller en praksis), hvis disse faciliteter er nødvendige for udførelsen af den pågældende tjenesteydelse.”

- I betragtning 78 (tidligere nr. 37) påpekes det at nasjonale regler for tjenesteflyten skal være anordnet slik at dette fungerer effektivt, dog likevel ikke slik at medlemstaten er forhindret fra å pålegge krav vedr. offentlig orden og sikkerhet, sunnhet og miljø.

"For at sikre, at den frie bevægelighed for tjenesteydelser fungerer effektivt, og give tjenesteydere og tjenestemodtagere sikkerhed for, at de kan udføre og modtage tjenesteydelser i hele Fællesskabet, uafhængigt af grænserne, er det nødvendigt at afklare, i hvilket omfang de krav, der er gældende i den medlemsstat, hvor tjenesteydelsen leveres, kan pålægges. Det er afgørende at sikre, at bestemmelsen om fri udveksling af tjenesteydelser ikke forhindrer den medlemsstat, hvor tjenesteydelsen leveres, i at pålægge særlige krav i overensstemmelse med principperne i artikel 16, stk. 1, litra a)-c), af hensyn til den offentlige orden eller den offentlige sikkerhed eller beskyttelsen af den offentlige sundhed eller miljøet".

- Betragtning 79 lyder som følger:

"I henhold til Domstolens faste praksis har en medlemsstat stadig ret til at træffe foranstaltninger for at forhindre, at tjenesteydere uberettiget udnytter principperne for det indre marked. Om der er tale om uberettiget udnyttelse fra en tjenesteyders side, afgøres fra sag til sag".

- Både betragtning nr. 38 og 39 i 2004-udkastet utgår.
- I betragtning 80 (i 2006-udkastet nr. 39a):

"Det er nødvendigt at sikre, at tjenesteydere er i stand til at tage udstyr, der er nødvendigt for udførelsen af deres tjenesteydelse, med sig, når de rejser for at udføre tjenesteydelser i en anden medlemsstat. Det er navnlig vigtigt at undgå tilfælde, hvor tjenesteydelsen ikke kan udføres uden udstyret, og situationer, hvor tjenesteyderne påføres ekstraudgifter, f.eks. ved leje eller køb af andet udstyr end det, som de normalt anvender, eller ved, at de i væsentligt omfang er nødt til at ændre den måde, de normalt udøver deres virksomhed på."

- Betragtning 81 lyder som følger (2006-udkastet nr. 39b):

"Begrebet "udstyr" omfatter ikke fysiske genstande, der af tjenesteyderen enten leveres til kunden eller bliver en del af en fysisk genstand som følge af servicevirksomheden, f.eks. byggematerialer eller reservedele, eller forbruges eller efterlades på stedet under udførelsen af tjenesteydelserne, f.eks. brændstof, sprængstoffer, fyrværkeri, pesticider, gift eller medicin."

- Betragtning 82 (ny bestemmelse i 2006-direktivet som delvis dækker nr. 86) lyder slik:

"Forordningene av dette direktiv skal ikke utelukke medlemsstaters anvendelse av regler om arbeidsforhold. Regler fastsatt ved lov, regulering eller administrative forordninger skal, i henhold til Traktaten, være begrunnet med årsaker i forhold til beskyttelse av arbeidstakere og likebehandling, nødvendig og proporsjonell, som tolket av Domstolen, og overholde annen relevant fellesskapsrett."

- Betragtning 83 (nr. 40 i 2004 og 2006-udkastene) lyder slik (fet skrift angir forskjeller fra 2004):

"Det er nødvendig at sikre, at bestemmelsen om fri udveksling af tjenesteydelser kun kan fraviges på områder, der er omfattet af undtagelser. Sådanne undtagelser er nødvendige for at tage hensyn til det indre markeds integrationsstadium eller til visse fællesskabsinstrumenter vedrørende tjenesteydelser, ifølge hvilke en tjenesteyder er omfattet af en anden lov end etableringsmedlemsstatens. Herudover kan der også undtagelsesvist – i visse konkrete tilfælde og såfremt visse strenge processuelle og materielle betingelser er opfyldt – træffes foranstaltninger over for en bestemt tjenesteyder. Endvidere bør enhver undtagelsesvis tilladt begrænsning i den frie bevægelighed for tjenesteydelser være i overensstemmelse med de grundlæggende rettigheder, der i henhold til Domstolens faste praksis udgør en integrerende del af fællesskabsrettens almindelige retsgrundsætninger."

- Betragtning 84 (ny i 2006-udkastet nr. 40a):

"Undtagelsen fra bestemmelsen om fri udveksling af tjenesteydelser for så vidt angår posttjenester omfatter både ydelser, der er forbeholdt den befordringspligtige virksomhed, og andre posttjenester."

- Betragtning 85 (ny i 2006-udkastet nr. 40b):

"Undtagelsen fra bestemmelsen om fri udveksling af tjenesteydelser for så vidt angår retslig inkasso og henvisningen til et eventuelt kommende harmoniseringsinstrument berører kun adgang til og udøvelse af virksomhed, der navnlig består i anlæggelse af søgsmål ved en domstol vedrørende inkasso."

- Betragtning 86 (erstatte nr. 41a) har følgende ordlyd:

"Dette direktiv bør ikke berøre de arbejds- og ansættelsesvilkår, der i henhold til Europaparlaments- og rådets direktiv 96/71/EF af 16. december 1996 om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser¹⁵⁶, finder anvendelse på arbejdstagere, der udstationeres på en anden medlemsstats område for at udføre en tjenesteydelse dér. I sådanne tilfælde skal tjenesteyderne i henhold til direktiv 96/71/EF overholde arbejds- og ansættelsesvilkårene på en række nærmere angivne områder, som er gældende i den medlemsstat, hvor tjenesteydelsen udføres. Der er tale om følgende områder: maksimal arbejdstid og minimal hviletid, mindste antal betalte feriedage pr. år, mindsteløn, herunder overtidbetaling, betingelserne for tilrådighedsstillelse af arbejdstagere, især beskyttelse af arbejdstagere, der stilles til rådighed via vikarbureauer, sundhed, sikkerhed og hygiejne på arbejdspladsen, beskyttelsesforanstaltninger med hensyn til arbejds- og ansættelsesvilkår for gravide kvinder og kvinder, der lige har født, samt for børn og unge, ligebehandling af mænd og kvinder samt andre bestemmelser vedrørende ikke-forskelsbehandling. Dette gælder ikke kun arbejds- og ansættelsesvilkår, der er fastsat ved lov, men også vilkår fastsat i kollektive aftaler eller voldgiftskendelser, der er offentliggjort eller de facto finder generel anvendelse som defineret i direktiv 96/71/EF. Herudover bør dette direktiv ikke forhindre medlemsstaterne i at anvende arbejds- og ansættelsesvilkårene på andre områder end dem, der er anført i artikel 3, stk. 1, i direktiv 96/71/EF, når det er begrundet i hensynet til den offentlige orden."

- Betragtning 87 (erstatte nr. 41b) har følgende ordlyd:

¹⁵⁶

EFT L 18, 21.1.1997, s.1.

"Dette direktiv bør heller ikke berøre arbejds- og ansættelsesvilkårene i tilfælde, hvor en arbejdstager, der er ansat til at udføre en grænseoverskridende tjenesteydelse, ansættes i den medlemsstat, hvor tjenesteydelsen udføres. Endelig berører dette direktiv ikke den ret, som de medlemsstater, hvor tjenesteydelsen udføres, har til at afgøre, om der foreligger et ansættelsesforhold, og bestemme sondringen mellem selvstændige erhvervsdrivende og arbejdstagere, herunder "falske selvstændige erhvervsdrivende". I denne forbindelse er det væsentligste kendetegn ved et ansættelsesforhold i henhold til traktatens artikel 39 ifølge Domstolens praksis den omstændighed, at en person i en vis periode præsterer ydelser mod vederlag for en anden og efter dennes anvisninger; enhver beskæftigelse, som udøves af en person, der ikke er i et underordningsforhold, skal betragtes som selvstændig erhvervsvirksomhed i henhold til traktatens artikel 43 og 49."

- Betragtning 88 (erstatte nr. 41c) har følgende ordlyd:
"Bestemmelsen om fri udveksling af tjenesteydelser finder ikke anvendelse i tilfælde, hvor en aktivitet i en medlemsstat i overensstemmelse med fællesskabsretten er forbeholdt et bestemt erhverv, f.eks. kravet om, at juridisk rådgivning er forbeholdt advokater".

Betraktning nr. 42 og 43 er fjernet.

- Betragtning 89 (erstatte nr. 44, *fet skrift angir endring fra 2004-udkastet*) har følgende ordlyd:

"Undtagelsen fra bestemmelsen om fri udveksling af tjenesteydelser for så vidt angår registrering af køretøjer, der er leaset i en anden medlemsstat end den, hvori de benyttes, følger af Domstolens praksis, i henhold til hvilken en medlemsstat kan lade køretøjer, der anvendes på dens område, være omfattet af en sådan forpligtelse på vilkår, der er afpasset efter det tilsigtede mål. Denne undtagelse gælder ikke lejlighedsvis eller midlertidig leje."

- Betragtning 90 (tidligere nr. 45) fritar kontraktsrettslige ordninger fra direktivet. Teksten har været den samme siden 2004-udkastet. Det samme bestemmes om lovvalgsreglerne som fortsetter å avgjøres iht. internasjonal privatrett.

Betraktning nr. 46 utgår.

- Betragtning 93 (i 2006-udkastet nr. 48a, ikke i 2004-udkastet) har følgende ordlyd:

"Begrebet "finansiel bistand, som ydes i forbindelse med brug af en særlig tjenesteydelse", omfatter ikke støtte bevilget af medlemsstaterne, navnlig på det sociale område eller inden for den kulturelle sektor, som er omfattet af Fællesskabets konkurrenceregler, eller generel finansiel bistand, der ikke er knyttet til brug af en særlig tjenesteydelse, f.eks. uddannelsesstøtte eller studielån."

- Betragtning 94 (i 2004- og 2006-udkastet nr. 49) har følgende ordlyd:

"I henhold til traktatens bestemmelser om fri bevægelighed for tjenesteydelser, således som de er blevet fortolket af Domstolen, er forskelsbehandling begrundet i tjenestemodtagerens nationalitet eller i hans opholdsland eller -sted forbudt."

Forskelsbehandlingen kan navnlig bestå i, at kun statsborgere fra en anden medlemsstat afkræves originaldokumenter, bekræftede kopier, bevis for statsborgerskab eller officielle oversættelser af dokumenter for at kunne modtage en tjenesteydelse eller opnå visse fordelagtige vilkår eller priser. Forbuddet mod diskriminerende krav er imidlertid ikke til hinder for, at især prisfordele kan forbeholdes visse tjenestemodtagere, hvis dette er baseret på saglige, objektive kriterier."

- Betragtning 95 (i 2004-og 2006-utkastet nr. 50, med noe avvikende formuleringer) har følgende ordlyd:

"Prinsippet om likebehandling i det indre marked pålegger at Fellesskapets borgere verken må hindres i å nyte godt av en tjeneste som er teknisk tilgjengelig på markedet eller være underlagt ulike vilkår og priser på grunn av nasjonalitet eller bosted. Dersom slik forskjellsbehandling med hensyn til mottakere av tjenester vedvarer, viser dette at det for Fellesskapets borgere ikke foreligger et ekte indre tjenestemarked og mer generelt at dette negativt påvirker integreringen av Europas folk. Prinsippet om likebehandling i det indre marked betyr at en mottakers, og særlig en forbrukers, tilgang til en tjeneste som tilbys allmennheten, ikke kan nektes eller hindres av anvendelsen av et kriterium, inkludert i generelle vilkår som er gjort tilgjengelig for allmennheten, knyttet til mottakerens nasjonalitet eller bosted. Det følger ikke av dette at det foreligger en ulovlig forskjellsbehandling dersom det var fastsatt i slike generelle betingelser for ulike priser og vilkår for tjenesteyting, der slike tariffer, priser og vilkår er objektivt begrunnet og kan variere fra stat til stat, som for eksempel tilleggsutgifter som faktisk påløper på grunn av avstand eller de tekniske kjennetegnene til tjenesteytingen, eller ulike markedsforhold, som for eksempel høyere eller lavere sesongpåvirket etterspørsel, ulike ferieperioder i medlemsstatene og prissettingen av ulike konkurrenter, eller ekstra risiko knyttet til andre regler enn de som gjelder i etableringsstaten. Det følger heller ikke at ikke-anskaffelse av en tjeneste for en forbruker på grunn av mangel på oppfyllelse av rettigheter av intellektuell eiendom på et bestemt territorium, vil utgjøre en ulovlig diskriminasjon."

I betragtning nr. 95 presiserer at det ikke er formålet med direktivet å harmonisere priser i EU. Det gis en slags programerklæring om at det skader integrasjonen mellom de europeiske folk at det er forskjellsbehandling av tjenestemottakere. Dette punkt skal likevel ikke inneholde noe forbud mot at det tas forskjellige priser i de ulike land. Det er gitt en tilføyelse i betragtning nr. 50a, som angår nasjonal notifikasjonsplikt for reguleringer innen rammen av tjenstedirektivet.

- Betragtning 96 (erstatte 2004- og 2006-utkastet nr. 62) har følgende ordlyd:

"Det bør fastsettes, at en af de måder, hvorpå tjenesteyderen kan gøre de oplysninger, han er forpligtet til at meddele, let tilgængelige for tjenestemodtageren, er at oplyse sin e-mail-adresse, herunder adressen på sit websted. I øvrigt bør en tjenesteyders forpligtelse til at fremlægge visse oplysninger i sit informationsmateriale ikke dække almindelig kommerciel kommunikation såsom reklame, men snarere materiale, hvori tjenesteyderen beskriver sine tjenesteydelser i detaljer, herunder dokumenter, der ligger på et websted."

- Betragtning 97 har en helt ny bestemmelse:

"Det er nødvendig, i dette direktiv, å gjøre greie for enkelte regler vedrørende høy kvalitet på tjenester, for særlig å sikre krav om informasjon og innsyn. Disse reglene skal gjelde både i saker med grenseoverskridende tjenesteyting mellom medlemsland og i saker med tjenesteyting i en medlemsstat av en yter som er etablert der, uten å pålegge unødvendige byrder på SMBer. De skal ikke på noen måte forhindre medlemsstater fra å pålegge, i henhold til dette direktiv og annen fellesskapsrett, ytterligere eller andre kvalitetskrav."

- Betraktning 98 har en helt ny bestemmelse:

"Alle aktører som yter tjenester som involverer en direkte og særlig helserisiko, sikkerhetsrisiko eller finansiell risiko for tjenestemottakeren eller en tredjemann bør i prinsippet være dekket av en egnet yrkesansvarsforsikring, eller av en annen tilsvarende eller sammenlignbar form for garanti, noe som særlig betyr at tjenestemottakeren normalt bør ha tilstrekkelig forsikringsdekning for tjenester som ytes i en eller flere andre medlemsstater enn etableringsstaten."

Betraktning nr. 50a, som kom inn i 4. april utkastet, er fjernet fra den endelige 2006-direktivet:

"Inden for rammerne af dette direktiv fastsætter hver enkelt medlemsstat selv, hvordan oplysningerne stilles til rådighed for modtagerne. Hver enkelt medlemsstat træffer selv beslutning om spørgsmål som f.eks. videregivelse af urigtige eller villedende oplysninger."

I praksis betyr dette at den frihet for medlemsstatene til selv å utforme ordningen for "kvikskrankene", dvs. systemet for formidling av den nasjonale administrative ordning og rapportering av tjenesteyters uriktige og villedende reklame og egeninformasjon.

En lang rekke punkter i 2004-utkastets fortale er så fjernet i 2006-utgaven. Dette gjelder betraktning nr. 51- 61. Jeg går ikke i detaljer her men nevner kun at det dreier seg om pasientrettigheter, i forbindelse med hospitalopphold, legebehandling og utstasjonering av arbeidstakere. Disse går inn i det nye direktiv som nå er på trappene.

- Betraktning 99 som gjelder forretningens forsikringsansvar er 2006-utkastet nr. 63a:

"Forsikringen eller garantien bør være passende i forhold til risikoens art og omfang. Dette betyder, at tjenesteydere kun bør have behov for grænseoverskridende dækning, hvis de faktisk udfører tjenesteydelser i andre medlemsstater. Medlemsstaterne bør ikke fastsætte mere detaljerede regler vedrørende forsikringsdækningen og f.eks. opstille mindstetærskler for forsikringssummen eller grænser for udelukkelser fra forsikringsdækningen. Tjenesteydere og forsikringsselskaber bør fortsat have den nødvendige fleksibilitet til at forhandle forsikringspolicer, der er præcist afpasset efter risikoens art og omfang. Desuden er det ikke nødvendigt at lovgive om forpligtelse til passende forsikring. Det er tilstrækkeligt, hvis de faglige organers fagetske regler opererer med forsikringspligt. Endelig bør forsikringsselskaber ikke være forpligtede til at yde forsikringsdækning".

- Betraktning 100, tidligere nr. 64 gjelder kommersiell kommunikasjon, dvs. reklame. Det er her et uttalt mål om at totalforbud mot reklame fjernes, hva angår visse former. Mht. innholdet for god reklame ønsker EU seg at de ervervsdrivende selv utarbeider

adferdskodekser på EU nivå. Her fjernes en del reklameforbud – for eksempel mot tobakksrøyking, alkohol, gambling, prostitusjon m.v.

- Betraktning 101(ny i 2006-utkastet nr. 64a) utdyper bestemmelsen:

"Det er nødvendigt i tjenestemodtagerens interesse, navnlig forbrugernes, at sikres, at det er muligt tjenesteyderne at tilbyde ydelser på flere områder, og at restriktioner i denne henseende begrænses til, hvad der er nødvendigt for at sikre de lovregulerede erhvervs uvildighed, uafhængighed og integritet. Dette berører ikke de restriktioner og forbud mod at udøve særlige former for virksomhed, der skal sikre uafhængigheden i tilfælde, hvor en medlemsstat overdrager en bestemt opgave til en tjenesteyder, navnlig inden for byudvikling, og det bør heller ikke berøre anvendelsen af konkurrencereglerne."

- Betraktning 102 (tidligere nr. 65) gjelder kvalitetssikring gjennom bruk av standardiseringskriterier oppstilt i organisasjoner som CEN og CENELEC. Betraktning nr. 65a gjelder etterlevelse av rettsavgjørelser, dvs. anerkjennelse av ekvivalente garantier medlemsstatene i mellom.

- Betraktning 103 (2006-utkastet nr. 65a):

"For at løse potentielle problemer i forbindelse med oppfylldelsen af en retsafgørelse bør det fastsættes, at medlemsstaterne skal anerkende ækvivalente garantier, der stilles af institutter eller organer såsom banker, forsikringsselskaber eller andre udbydere af finansielle tjenesteydelser etableret i en anden medlemsstat."

- Betraktning 104 (tidligere nr. 66) innvarsler et nettverk av medlemsstatenes forbrukerråd. Betraktning 105-111 (2006-utkastet nr. 66a – 66g) begrunner hvorfor samarbeidet er viktig.

- Betraktning 105 (2006-utkastet nr. 66a):

"Administrativt samarbejde er væsentligt, hvis det indre marked for tjenesteydelser skal fungere efter hensigten. Manglende samarbejde mellem medlemsstaterne fører til en mangedobling af de regler, der gælder for tjenesteydere, og til overlappning af kontrollen i forbindelse med virksomhed på tværs af grænserne og kan også udnyttes af erhvervsdrivende, der bevæger sig på kanten af loven, til at undgå tilsyn eller omgå gældende nationale regler for tjenesteydelser. Det er derfor vigtigt, at der fastsættes klare, retligt bindende forpligtelser for medlemsstaterne til at indgå i et effektivt samarbejde."

- Betraktning 106 (2006-utkastet nr. 66b):

"I forbindelse med kapitlet om administrativt samarbejde betyder "tilsyn" f.eks. overvågning og undersøgelse af de faktiske omstændigheder, problemløsning, håndhævelse og påleggelse af sanktioner samt senere opfølging."

- Betraktning 107 (2006-utkastet nr. 66c):

"Under normale omstændigheder skal gensidig bistand ydes direkte mellem kompetente myndigheder. De kontaktpunkter, som medlemsstaterne udpeger, skal kun fremme processen, hvis der opstår vanskeligheder, f.eks. hvis der er behov for bistand til at udpege den relevante kompetente myndighed".

- Betragtning 108 (2006-udkastet nr. 66d):

"En række forpligtelser til gensidig bistand finder anvendelse på alle de spørgsmål, der er omfattet af dette direktiv, herunder spørgsmål i forbindelse med situationer, hvor en tjenesteyder etablerer sig i en anden medlemsstat. Andre forpligtelser til gensidig bistand finder kun anvendelse i tilfælde af tjenesteydelser på tværs af grænserne, der er omfattet af bestemmelsen om fri udveksling af tjenesteydelser. Endnu andre forpligtelser finder anvendelse i alle tilfælde af tjenesteydelser på tværs af grænserne, herunder områder, der ikke er omfattet af bestemmelsen om fri udveksling af tjenesteydelser. Tjenesteydelser på tværs af grænserne omfatter situationer, hvor tjenesteydelser leveres som distanceydelser, og hvor tjenestemodtageren begiver sig til tjenesteyderens etableringsmedlemsstat for at modtage tjenesteydelserne."

- Betragtning 109 (2006-udkastet nr. 66e):

"I de tilfælde, hvor en tjenesteyder begiver sig midlertidigt til en anden medlemsstat end etableringsmedlemsstaten, bør der sørges for gensidig bistand mellem de to medlemsstater, så førstnævnte stat kan foretage kontroller, inspektioner og undersøgelser efter anmodning fra etableringsmedlemsstaten eller foretage sådanne kontroller på eget initiativ, hvis det kun drejer sig om at fastslå faktiske forhold."

- Betragtning 110 (2006-udkastet nr. 66e):

"Det bør ikke være muligt for medlemsstaterne at omgå reglerne i dette direktiv, herunder bestemmelsen om fri udveksling af tjenesteydelser, ved at udføre kontroller, inspektioner og undersøgelser, der er diskriminerende, eller som ikke er afpasset efter det tilsigtede mål."

- Betragtning 111 (2006-udkastet nr. 66f):

"Dette direktivs bestemmelser om udveksling af oplysninger vedrørende tjenesteyderes hæderlighed foregriber ikke initiativer inden for politisamarbejde og retligt samarbejde i kriminalsager, navnlig for så vidt angår udveksling af oplysninger mellem medlemsstaternes retshåndhævende myndigheder og strafferegistre."

- Betragtning 112 (2006-udkastet nr. 66g):

"Samarbejde mellem medlemsstaterne kræver et velfungerende elektronisk informationssystem, så de kompetente myndigheder let kan finde frem til relevante samtalepartnere i andre medlemsstater og kommunikere effektivt med disse."

- Betragtning 113 (tidligere nr. 67) opmuntre til statlig samarbeid i EU om felles atferdskodekser på EU-nivå. Det er i 2006-versjonen bestemt at slike kodekser ikke skal stride mot rettslig bindende fagetsiske adferdsregler i medlemsstatene. Bestemmelsen er utdypet i

114 og 115 (2006-utkastet nr 67a og 67b):

- Betraktning 114 (2006-utkastet nr. 67a):

"Medlemsstaterne bør tilskynde til, at navnlig faglige foreninger og organisationer eller sammenslutninger udarbejder adfærdskodekser på fællesskabsplan. Disse adfærdskodekser bør alt efter det enkelte erhvervs særlige karakteristika indeholde regler for lovregulerede erhvervs kommercielle kommunikation og de lovregulerede erhvervs fagetsiske adfærdsregler, der navnlig skal sikre uafhængighed, uvildighed og tavshedspligt. Betingelserne for ejendomsmægleres virksomhed bør ligeledes indgå i disse adfærdskodekser. Medlemsstaterne bør træffe ledsageforanstaltninger med henblik på at tilskynde de faglige foreninger og organisationer eller sammenslutninger til på nationalt plan at gennemføre de adfærdskodekser, der vedtages på fællesskabsplan."

Betraktning i 2004-utkastet nr. 68 – 72 er tatt ut av fortalen. Dvs. bestemmelser om at bransjeetiske regler ikke forhindrer EU fra i fremtiden å lovregulere området. Disse reguleringer må skje på EU plan grunnet manglende oppfyllelsesmulighet på medlemstatsnivå. Her sies det i klartekst at forholdet er uegnet for regulering på medlemsstatsnivå, dvs. at subsidiaritetsprinsippet (nærhetsprinsippet) ikke kommer til anvendelse.

- Betraktning 114 (2006-utkastet nr. 67a):

"Medlemsstaterne bør tilskynde til, at navnlig faglige foreninger og organisationer eller sammenslutninger udarbejder adfærdskodekser på fællesskabsplan. Disse adfærdskodekser bør alt efter det enkelte erhvervs særlige karakteristika indeholde regler for lovregulerede erhvervs kommercielle kommunikation og de lovregulerede erhvervs fagetsiske adfærdsregler, der navnlig skal sikre uafhængighed, uvildighed og tavshedspligt. Betingelserne for ejendomsmægleres virksomhed bør ligeledes indgå i disse adfærdskodekser. Medlemsstaterne bør træffe ledsageforanstaltninger med henblik på at tilskynde de faglige foreninger og organisationer eller sammenslutninger til på nationalt plan at gennemføre de adfærdskodekser, der vedtages på fællesskabsplan"

- Betraktning 115 (2006-utkastet nr. 67b):

"Adfærdskodekserne på fællesskabsplan skal fastsætte minimumsstandarder for adfærd og supplerer medlemsstaternes lovbestemte krav. De er ikke til hinder for, at medlemsstaterne i overensstemmelse med fællesskabsretten træffer strengere lovmæssige foranstaltninger, eller at de nationale faglige foreninger yder bedre beskyttelse i deres nationale adfærdskodekser"

- Betraktning 116:

"Målene for den påtænkte handling, nemlig at fjerne hindringerne for tjenesteyderes etableringsfrihed i medlemsstaterne og for den frie udveksling af tjenesteydelser mellem medlemsstaterne, kan ikke i tilstrækkelig grad opfyldes af medlemsstaterne og kan derfor på grund af handlingens omfang bedre gennemføres på fællesskabsplan; Fællesskabet kan derfor træffe foranstaltninger i overensstemmelse med subsidiaritetsprincippet, jf. traktatens artikel 5. I overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, jf. nævnte artikel, går dette direktiv ikke ud over, hvad der

er nødvendig for at nå disse mål”.

Det begrunnes hvorfor subsidiaritetsprinsippet (nærhetsprinsippet) ikke tilsier at medlemsstaten kan beslutte dette, og det fastslås at EU ikke overskrider proporsjonalitetsprinsippet.

- Betraktning 117:

”De nødvendige foranstaltninger til gjennomførelse af dette direktiv bør vedtages i overensstemmelse med Rådets afgørelse 1999/468/EF om fastsættelse af de nærmere vilkår for udøvelsen af de gennemførelsesbeføjelser, der tillægges Kommissionen”.¹⁵⁷

- Betraktning 118 (ny passus, ikke i 2004- eller 2006-utkastet):

”I samsvar med paragraf 34 av Interinstitutional Agreement on better law-making¹⁵⁸, oppfordres medlemslandene til å sette opp, for dem selv og for Fellesskapets interesse, sine egne tabeller, som så langt det lar seg gjøre, illustrerer vekselvirkningsforhold mellom direktivet og overgangstiltakene, og til å publisere dem”.

Jeg skal i fortsettelsen gjennomgå endringer som er gjort i direktivtekstens ulike artikler.

B. De enkelte bestemmelser i tjenstedirektivet

Hensikten med fremstillingen her er å undersøke hvordan tjenstedirektivet har endret seg fra 2004-utkastet via 4. april 2006-utkastet til den endelige direktivet publisert 27. desember 2006. Tekst i kursiv er sitat av lovtekster. Det gis en kortfattet påpeking av endringer under ”funn” i slutten av omtalen av hver enkelt artikkel. Disse ”funn” fokuserer kun på forskjeller mellom 2004-utkastet og direktivet slik det ble lydende den 27. desember 2006.

- Til artikkel 1: Denne bestemmelse er sterkt utvidet i forhold til 2004 versjonen idet flere avgrensninger er tatt inn her. Bestemmelsen lyder som følger:

- 1 *Dette direktiv fastsetter de almindelige bestemmelser med henblik på at lette udøvelsen af etableringsfriheden for tjenesteydere samt den frie bevægelighed for tjenesteydelser og sikrer samtidig et højt kvalitetsniveau for tjenesteydelser.*
- 2 *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.*
- 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 statsstøttereglerne, og hvilke specifikke forpligtelser der bør gælde for dem.

¹⁵⁷ EFT L 184 av 17.7.1999, s. 23. Forordning sist endret ved forordning 2006/512/EF (EUT L 200, 22.7.2006, s. 11).

¹⁵⁸ EUT C 321, 31.12.2003, s. 1.

- 4 Dette direktiv berører ikke foranstaltninger, som er truffet på fællesskabsplan eller på nationalt plan i overensstemmelse med fællesskabsretten for at fremme kulturel og sproglig mangfoldighed og for at sikre mediepluralismen.
- 5 Dette direktiv berører ikke medlemsstaternes straffelovgivning.
- 6 Dette direktiv berører ikke de arbejdsretlige regler, dvs. enhver form for retlige eller kontraktlige bestemmelser vedrørende ansættelsesvilkår, arbejdsforhold, herunder sundhed og sikkerhed på arbejdspladsen, og forholdet mellem arbeidstagere og arbejdsgivere, som medlemsstaterne anvender i overensstemmelse med fællesskabsretten. Dette direktiv berører heller ikke medlemsstaternes lovgivning om social sikring.
- 7 Dette direktiv berører ikke udøvelsen af grundlæggende rettigheder, som er anerkendt i medlemsstaterne og fællesskabsretten. Det berører heller ikke retten til at forhandle, indgå og gennemføre kollektive aftaler og retten til at gennemføre faglige aktioner i overensstemmelse med national ret og praksis, der respekterer fællesskabsretten.

Funn: Hvorvidt tilføyelsen representerer materielle endringer sett i forhold til 2004-versjonen er vanskelig å si, all den tid sikring av kvalitet, liberalisering, avskaffelse av monopoler eller reguleringsadgangen for hva som kvalifiserer som almen økonomisk interesse etc., meget vel også kunne inntolkes i 2004-versjonen. Hva en kan si er imidlertid at siden avgrensningen mot medlemsstatenes straffelovgivning ikke var omtalt i 2004-utgaven av direktivet, er det ikke umulig at kryptende jurisdiksjon da ville ha funnet sted, j.f. tankegangen om at EU-retten omfatter alt som med rimelighet faller innenfor tekstene rettsriktig fortolket. De som ønsker unntak eller begrensninger i rekkevidde må uttrykke seg klart. Hvis ikke vil hovedregelen utstrekkes så langt det er saklig grunnlag for det.

På den annen side er "EU's charter om grundlæggende rettigheder" erstattet av "fællesskabsretten" – hvilket bringer inn at medlemsstatene ikke ved hjelp av tjenstedirektivet kan lese inn noen begrensning i de rettigheter som EU ellers har vis-a-vis medlemsstatene. Dette representerer en meget stor utvidelse av EU-kompetansen, eller sagt mer presist; dette betyr at om så måtte være at medlemstatene var så heldige at de fikk inn gode formuleringer i tjenstedirektivet som fremmet egne interesser, så kan disse trolig ikke vektlegges, simpelthen fordi EU alltid kan vise til "fællesskabsretten" som overordnet tjenstedirektivet. Altså i klartekst; formuleringer som anses i strid med EF-traktaten eller sekundærlovgivningen helt generelt vil måtte vike.

Det sies også i 2006-direktivet – til forskjell fra 2004- og 2006-utkastet – at retten til å "forhandle, indgå og gjennomføre kollektive aftaler og retten til at gjennomføre faglige aktioner" kun kan skje i overensstemmelse med "fællesskabsretten". Dette er en helt vesentlig begrensning, sett i forhold til formuleringen tidligere; "retten til at forhandle, indgå og gjennomføre kollektive aftaler og retten til at gjennomføre faglige aktioner". Her gjaldt retten til kollektivavtaler, tariffavtaler, streikerett etc. fullt ut – ubegrenset. Når direktivet vedtas er denne retten sterkt beskåret – definert som lovlig kun så fremt og så langt det tilfredsstiller EU-retten helt generelt.

- Til artikkel 2: Denne bestemmelse gjelder anvendelsesområdet til tjenstedirektivet. Også her er det endringer i forhold til 2004-versjonen idet det er oppstilt avgrensninger som supplerer de skranker som er oppstilt i artikkel 1. Bestemmelsen lyder som følger:

- 1 Dette direktiv finder anvendelse på tjensteydelser, der udføres af tjensteydere, som er etableret i en medlemsstat.
- 2 Dette direktiv finder ikke anvendelse på følgende former for virksomhed:

- a) ikke-økonomiske tjenesteydelser af almen interesse
- b) 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 direktiv 2006/48/EF
- c) 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/EF, 2002/20/EF, 2002/21/EF, 2002/22/EF og 2002/58/EF
- d) transporttjenester og -transportrelaterede tjenesteydelser, herunder havnetjenester der falder ind under EF-traktatens afsnit V
- e) tjenesteydelser i forbindelse med vikarbureauer
- f) sundhedsydelser, uanset om de udføres inden for rammerne af sundhedsvæsenets infrastruktur eller ej, og hvordan de tilrettelægges og finansieres på nationalt plan, og uanset om de er offentlige eller private
- g) audiovisuelle tjenesteydelser, herunder tjenesteydelser i forbindelse med film, uanset hvordan de produceres, distribueres og transmitteres, samt radiospredning
- h) spil, som indebærer, at der gøres indsats med penge i hasardspil, herunder lotteri, kasinospil og væddemål
- i) virksomhed, som er forbundet med udøvelse af offentlig myndighed, jf. traktatens artikel 45
- j) sociale tjenesteydelser i forbindelse med socialt boligbyggeri, børnepasning og støtte til trængende familier og enkeltpersoner som har permanent eller midlertidig behov herfor, udført af staten, af tjenesteydere med opdrag fra staten eller af statsanerkendte velgørende organisationer
- k) private vagttjenester.
- l) tjenesteydelser, der udføres af officielt udnævnte notarer og fogder

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

Punkt 2 har fått en utvidelse i og med at forsyningsplikttytelser er omfattet, en eksemplifiserende oppregning av hva som ligger i unntaket for finansielle tjenester og en utdyping av hva som menes med transporttjenester og transportrelaterede tjenesteytelser. Unntak gjøres også for sunnhetsytelser, offentlig myndighetsutøvelse, sosiale tjenesteytelser m.v.

I punkt 3 er modifikasjonen sløffet - dvs. henvisningen til at medlemstatenes skatte- og avgiftskompetanse mht. forhold underlagt artikkel 14 (dvs. økonomiske særkrav til utenlandske tjenesteytere) 16 skulle være underordnet tjenstedirektivet.

Forsyningsplikttytelser, som var tatt inn som begrensning i 2006-utkastet, er forandret til "ikke-økonomisk tjenesteydelser af almen interesse" (pkt. a). Er dette noen materiell endring? Svaret er nei. Dette betyr at rettstilstanden er uforandret siden 4. april 2006-utkastet, men forskjellig fra 2004-utkastet. Her var det ikke nevnt noe om at ikke-økonomiske tjenesteytelser falt utenfor direktivet. Imidlertid følger det av Kommisjonens syn at dette er betydningsløst fordi det – uansett om det nevnes eller ei er slik at ikke-økonomiske tjenester faller utenfor EF-traktaten artikkel 50, jf. uttrykket "mod betaling". Slik EU formulerer det er dette ensbetydende med at den ikke-økonomiske tjenesteytelse er "af almen interesse" (se betraktning 17). EF-domstolen vil – som alltid – avgjøre hva som kvalifiserer som slik tjenesteyting.

Funn: 2006-direktivet inneholder flere spesifikasjoner mht. hva adressatene kan gjøre.

Dette medfører at Kommisjonen og Rådet i sin implementering har flere beskrankninger enn tidligere. Eller sagt annerledes, de oppstilte avgrensninger kan vanskeligere omgås. Omlegging i politikken krever regelendring (med kvalifisert flertall). Men igjen: jo mer tekst i EU-lovverket jo mer makt til EF-domstolen, fordi det er sistnevnte som dømmer i siste instans.

- Til artikkel 3: Denne bestemmelse gjelder forbindelsen med fellesskapsrettens 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) direktiv 96/71/EF

b) Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71

c) Rådets direktiv 89/552/EØF af 3. oktober 1989 om samordning af visse love og administrative bestemmelser i medlemsstaterne vedrørende udøvelse af tv-radiospredningsvirksomhed

d) direktiv 2005/36/EF

2. Dette direktiv berører ikke den internationale privatret, særlig reglerne om lovvalg i forbindelse med kontraktlige og ikke-kontraktlige forpligtelser, herunder de regler, der sikrer at forbrugerne er beskyttet efter forbrugerbeskyttelsesreglerne i den forbrugerlovgivning, der gælder i deres medlemsstat.

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

Funn: Hovedregelen som står i siste ledd (pkt. 3) medfører at alle tilfelle av etablering og tjenesteyting over landegrensene skal følge tjenstedirektivet. Denne regel har forsvunnet bak det som må sies å være en regel av subsidiær karakter, nemlig reglene om hva som skal skje dersom det er motstrid mellom tjenstedirektivet og andre regler. Forrangsreglen i nr. 1 og 2 gir i så fall superior rang til annen EU-rett. Opplistingen er ikke fullstendig, j.f. uttrykket bl.a. i nr. 1. Det er videre klart at lovvalgsreglene (i privatretten) ikke er berørt av direktivet.

- Til artikkel 4:

I dette direktiv forstås ved:

1) "tjenesteydelse": enhver selvstændig erhvervsvirksomhed, der normalt udføres mod betaling, jf. traktatens artikel 50

2) "tjenesteyder": enhver fysisk person, der er statsborger i en medlemsstat, og som udbyder eller udfører en tjenesteydelse, eller enhver juridisk person, jf. traktatens artikel 48, der er etableret i en medlemsstat, og som udbyder eller udfører en tjenesteydelse

3) "tjenestemodtager": enhver fysisk person, der er statsborger i en medlemsstat, eller som nyder rettigheder, der er ham tillagt ved fællesskabsretsakter, eller enhver

juridisk person, jf. traktatens artikel 48, der er etableret i en medlemsstat, og som i erhvervsøjemed eller andet øjemed anvender eller ønsker at anvende en tjenesteydelse

4) "etableringsmedlemsstat": den medlemsstat, på hvis område den pågældende tjenesteyder er etableret

5) "etablering": tjenesteyderens faktiske udøvelse af erhvervsvirksomhed som omhandlet i traktatens artikel 43 i et ikke nærmere angivet tidsrum og ved hjælp af en stabil infrastruktur, hvorfra aktiviteten med levering af tjenesteydelser rent faktisk udføres

6) "tilladelsesordning": enhver procedure, der indebærer, at en tjenesteyder eller en tjenestemodtager skal henvende sig til en kompetent myndighed med henblik på at opnå en udtrykkelig eller en stiltiende afgørelse om adgangen til at optage eller udøve servicevirksomhed

7) "krav": enhver forpligtelse, ethvert forbud, enhver betingelse eller enhver begrænsning, der er fastsat i medlemsstaternes love eller administrative bestemmelser, eller som følger af retspraksis, administrativ praksis, faglige foreningers regler eller af kollektive regler, som faglige sammenslutninger og erhvervsorganisationer har vedtaget som led i deres retlige autonomi; regler, der er fastsat i kollektive aftaler, som er forhandlet med arbejdsmarkedets parter, anses ikke som sådan for at være krav i henhold til dette direktiv

8) "tvingende almene hensyn": hensyn, der er anerkendt som sådan i EF-Domstolens praksis, herunder følgende: den offentlige orden, den offentlige sikkerhed, den offentlige sundhed, bevarelsen af den finansielle balance i de sociale sikringsordninger, beskyttelsen af forbrugerne, tjenestemodtagerne og arbejdstagerne, retfærdige handelstransaktioner, bekæmpelse af bedrageri, beskyttelsen af miljøet, herunder bymiljøet, dyresundheden, intellektuelle ejendomsrettigheder, bevarelsen af den nationale historiske og kunstneriske arv samt social- og kulturpolitiske målsætninger

9) "kompetent myndighed": ethvert organ eller enhver instans, der i en medlemsstat har til opgave at føre tilsyn med eller regulere servicevirksomhed, herunder navnlig administrative myndigheder, faglige foreninger samt faglige sammenslutninger og erhvervsorganisationer, der som led i deres retlige autonomi kollektivt regulerer adgangen til at optage og udøve servicevirksomhed

10) "medlemsstat, hvor tjenesteydelsen udføres": den medlemsstat, hvor en tjenesteyder, der er etableret i en anden medlemsstat, leverer tjenesteydelsen

11) "lovreguleret erhverv": en eller flere former for erhvervsmæssig virksomhed, jf. artikel 3, stk. 1, litra a), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/36/EF om anerkendelse af erhvervsmæssige kvalifikationer

12) "kommerciel kommunikation": enhver form for kommunikation, der har til formål direkte eller indirekte at fremme afsætningen af varer eller tjenesteydelser eller at etablere et image for en virksomhed, organisation eller person, der udøver handels-, industri- eller håndværksvirksomhed eller et lovreguleret erhverv. Følgende udgør ikke i sig selv kommerciel kommunikation:

a) oplysninger, der muliggør direkte adgang til virksomhedens, organisationens eller personens virksomhed, herunder navnlig et domænenavn eller en e-mailadresse

b) kommunikation vedrørende en virksomheds, organisations eller persons varer, tjenesteydelser eller image udarbejdet uafhængigt af denne, især uden finansiel modydelse.

Funn: Denne bestemmelse dels presiserer og dels fjerner definisjoner i forhold til 2004-ordningen. Bestemmelsen slik den nå lyder synes i utgangspunktet å snevre inn rekkevidden

fordi tjenesteytelse kun er omtalt som *"selvstendig erhvervsvirksomhed, der normalt udføres mod betaling, jf. traktatens artikel 50"*. Ordet "normalt" tyder på at ytelser som selv om de ikke tas betalt for likevel vil være innenfor direktivet dersom slik betaling vanligvis finner sted. Avgrensningen blir imidlertid nøytralisert ved henvisningen til EF-traktaten artikkel 50 fordi denne regel inneholder samme formulering. Dvs. at traktatens ytterramme er også direktivets ytterramme.

- Til artikkel 5 gjelder forenkling av prosedyrer, dvs. ordninger for å komme i posisjon for å drive tjenesteyting i et annet land. Det er gitt noen tilføyelser som tilsynelatende reduserer virkningen av inngrepet overfor medlemsstatene, jf. uttrykket "om nødvendig". Denne modifikasjon i 2004-versjonen motvirkes imidlertid av det nye pkt 1a. Etter denne tilføyelse kan EU-kommisjonen iht. artikkel 42 annet punkt innføre harmoniserte ordninger som overstyrer medlemsstatene.

1. *Medlemsstatene undersøger og forenkler om nødvendigt procedurer og formaliteter i forbindelse med adgangen til at optage og udøve servicevirksomhed.*

2. *Kommissionen kan efter proceduren i artikel 40, stk. 2, indføre harmoniserede formularer på fællesskabsplan. Disse formularer sidestilles med certifikater, attester og alle andre dokumenter, der kræves af en tjenesteyder.*

2. *Når medlemsstatene kræver, at en tjenesteyder eller en tjenestemodtager skal fremlægge et certifikat, en attest eller ethvert andet dokument som bevis for opfyldelsen af et krav, accepterer de ethvert dokument fra en anden medlemsstat, der tjener samme formål, eller hvoraf det fremgår, at det pågældende krav er opfyldt. De kræver ikke dokumenter fra en anden medlemsstat i form af originaler, bekræftede kopier eller bekræftede oversættelser, undtagen i tilfælde, der er omhandlet i andre fællesskabsinstrumenter, eller i undtagelsestilfælde, som er begrundet i et tvingende alment hensyn, herunder den offentlige orden og sikkerhed.*

Første afsnit berører ikke medlemsstaternes ret til at kræve uautoriserede oversættelser af dokumenter til et af deres officielle sprog.

3. *Stk. 2 finder ikke anvendelse på dokumenter omfattet af artikel 50 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/36/EF om anerkendelse af erhvervsmæssige kvalifikationer, artikel 45, stk. 3, og artikel 46, 49 og 50 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge-og anlægskontrakter, artikel 3, stk. 2, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/5/EF om lettelse af adgangen til varig udøvelse af advokaterhvervet i en anden medlemsstat end den, hvor beskikkelsen er opnået, Rådets direktiv 68/151/EØF, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/58/EF for så vidt angår offentlighed vedrørende visse selskabsformer, eller Rådets elvte direktiv 89/666/EØF om offentlighed vedrørende filialer oprettet i en medlemsstat af visse former for selskaber henhørende under en anden stats retsregler.*

Funn: Denne teksten har stått uendret siden 2006-forslaget av 4. april. Tidligere har teksten blitt endret på et par punkter, uten at denne endring er substansiell.

- Til artikkel 6: Regelen som gjelder "kvikskranker" – dvs. opprettelsen av web-basert kontaktpunkter som inneholder medlemsstatens regler om tjenesteyting.

Funn: Det er gitt noen få tilføyelser i forhold til 2004-versjonen – hvorav 3 års-fristen er den viktigste. Dette er en innskjerpelse som medfører en relativt hurtig reaksjon i medlemsstatene.

- Artikkel 7 gjelder rett til informasjon. Tilgjengeligheten sikres gjennom elektronisk opplasting på internett.

Funn: Det er ingen endringer her som forandrer bildet fra 2004-versjonen.

- Artikkel 8 angår de elektroniske fremgangsmåter.

Funn: Heller ikke her er det endringer som medfører skjerpelse av det opprinnelige direktiv, med unntak av tidsfristen på 3 år som øker tempoet i innføringen av kvikskrankene.

- Artikkel 9 angår konsesjonsordninger.

Funn: Bestemmelsen er uendret sett i forhold til 2004-ordningen.

- Artikkel 10 gjelder nasjonale vilkår for adgangen til å ha ordninger som gjelder for tildeling av tillatelse for tjenestevirksomhet.

Funn: 2006-direktivet har en tilføyelse som medfører at samsvarsvurderingen ("ikke overlappe") mellom medlemsland bedres. Etter endringen er det tilstrekkelig at vilkår for tjenesteyting i hjemlandet eller i et annet EU-land er sammenfallende enten i formål (slik som i 2004-versjonen) eller ved virkningen av reguleringen eller som følge av håndhevingens effektivitet.

- Artikkel 11 angår tillatelsens varighet.

Funn: 2006-direktivet er på et vesentlig punkt forskjellig fra 2004-versjonen. Dette er et skjerpende vilkår som medfører at medlemsstaten ikke fritt kan bestemme at konsesjonen skal være tidsbegrenset med mindre antallet tillatelser er begrenset. Se pkt. 1 b) som har fått en tilføyelse som i vesentlig grad endrer innholdet i passusen: Det er forskjell på – slik det stod i 2004, at "antallet af mulige tilladelser er begrænset" og at "antallet af mulige tilladelser er begrænset af et tvingende alment hensyn" som det heter i 2006-direktivet.¹⁵⁹ Fordi begrepet tvingende alment hensyn er tolket meget strengt av EF-domstolen er dette ensbetydende med at kompetansen er fjernet. Hvis et medlemsland klarer å overtale EU om at forutgående tillatelse (konsesjon) er lovlig – dvs. at en kan velge dette fremfor etterfølgende kontroll – så kan medlemsstaten ikke lage tidsbegrensede konsesjoner. Dersom en først beholder konsesjonsordninger må de utenlandske som oppnår konsesjon få tidsubegrenset rett til å utøve sin næring. Dvs. at EU for det første sterkt reduserer medlemsstatens mulighet for å etablere og vedlikeholde konsesjonsordninger som tilgodeser noen få og for det annet kontrollerer om så skjer.¹⁶⁰

Et nytt punkt 4 som bestemmer at medlemsstaten kan inndra tillatelser, utvider derimot medlemstatens kompetanse i forhold til ordningen i 2004. Nå er det ikke sikkert at dette betyr så mye fordi EU har streng kontroll med vilkårene for å få tillatelse og således også kriteriene for det og derved også opphørsbetingelsene for disse tillatelser (se de følgende artikler 12-15).

- Til artikkel 12: Denne regel setter vilkår for allokeringsordninger vedr. konsesjoner.

Funn: Prosessuelt er dette som før, dvs. det er kommet en tilføyelse om at også en fremstilling av søknadsprosedyrens gjennomføring og avslutning skal offentliggjøres.

Materielt har bestemmelsen fått et tillegg i pkt 1 og et nytt pkt. 3. I sistnevnte punkt der det er bestemt at medlemslandene kan i sin utvelgelsesprosedyre "tage hensyn til den offentlige sundhed, socialpolitiske mål, arbejdstageres og selvstændige erhvervsdrivendes sundhed og sikkerhed, beskyttelsen af miljøet, bevarelsen af kulturarven og andre tvingende

¹⁵⁹ Den norske oversettelsen her lyder "alment hensyn", hvilket i norsk rett betyr at det kan være motivert av et hvilket som helst hensyn, bare det er saklig, se Peter Ørebech: Tyngende vilkår ved begunstigende forvaltningsvedtak (Institut for statsrett og folkerett, UiO skriftserie nr. 5, 1976). Denne oversettelse betyr omtrent det motsatte av "tvingende alment hensyn", og er derfor sterkt villedende.

¹⁶⁰ T2006 betraktning 54, jf. betraktning 27 i T2004.

almene hensyn i overensstemmelse med fællesskabsretten". Slike krav skal likevel ikke angå forhold som omtales i artikkel 9 og 10 eller ordningens offentliggjøring. Siden tvingende almene hensyn er meget strengt vilkår, betyr det at denne hjemmel neppe vil finne noen praktisk anvendelse. Og hvis de har praktisk anvendelse vil spørsmål komme opp om hvorfor ikke slike reguleringer skal ordnes generelt for alle medlemsland, se for eksempel artikkel 37.

I pkt. 1 er det tatt inn en tilføyelse; " bl.a. behørig offentliggjørelse af indledningen, gennemførelsen og afslutningen af proceduren." Dette betyr at offentlighetsplikten strekker seg lengre enn i 2004.

- Til artikkel 13 (tillatelsesprosedyrer): Ordningen er stort sett uforandret.

Funn: Viktigste endring er at medlemsstatene når de tar betalt for behandlingen av søknadene ikke kan kreve mer enn nødvendig for å dekke omkostningene og at medlemsstaten har plikt til å informere søkere om evt. avvisning av søknad.

- Artikkel 14 opplister krav som medlemsstatene ikke kan oppstille i sine konsesjonsordninger, dvs. at tilgang til eller utøvelsen av en tjenestevirksomhet på deres territorium ikke skal gjøres avhengig av at de opplistede krav overholdes.

Funn: Det vedtatte direktiv innfører ikke begrensninger i 2004-forbudene – kun noen få modifikasjoner. Viktigst endring er at selv om en ikke kan trekke inn bransjeforeninger, laug, konkurrenter m.v. mht. avgjørelsen av om nye tillatelser skal innvilges er det likevel adgang til å høre handelskamre i spørsmål som gjelder andre ting enn innvilgelse av individuelle søknader (pkt.6). Det er også (pkt. 7) presisert at medlemsstaten har adgang til å pålegge ny tjenesteyter å stille økonomisk sikkerhet for evt. erstatningsansvar og å delta i kollektive erstatningsfond.

Viktigst modifikasjon finnes i pkt. 5: I forbudet mot at medlemsstaten gjennomfører en økonomisk prøving – dvs. om det finnes en reell etterspørsel etter tjenesten i markedet og om tjenesten tilfredstiller målene for økonomisk planlegging i staten, er det presisert at planleggingskrav som ikke har økonomiske mål, men som gjelder tvingende allmenne hensyn, kan oppstilles.¹⁶¹ En slik adgang er, som nevnt, sterkt begrenset.

- Artikkel 15 gjelder egenvurdering av hvilke krav som medlemsstaten kan benytte i forbindelse med nasjonal gjennomgang av lovverk som vedrører tjenestefriheten, og i tilfelle av at medlemsstaten innfører nye ordninger som begrenser tjenesteytelsene at Kommisjonen skal (pkt. 7) godkjenne at disse er i overensstemmelse med EU-retten. Formålet med bestemmelsen er å sikre at medlemsstatene sørger for at de nasjonale lover er forenlig med tjenstedirektivet.

Funn: Bestemmelsen er langt på vei identisk med 2004-versjonen. I pkt. 4 er det kommet inn et ledd med følgende tilføyelse: "Stk. 1, 2 og 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 er uklart hva som menes her. Tjenesteyting av almen økonomisk interesse er omtalt i artikkel 17 og der betegnet som bl.a. posttjenester, el-tjenester, gass-tjenester vannforsyning og avfallhåndtering. Det som sies er at reglene i pkt. 1-3 kun gjelder for slike tjenester. Det er imidlertid et "hvis", og det er at slike tjenester ikke blir rettslig eller faktisk hindret av de nasjonale bestemmelser om de almene tjenester. Formuleringen sier at ytelser som ikke er av almen økonomisk interesse - skal ikke behøve å følge de generelle krav om overensstemmelse med EUs tjenstedirektiv., men skal likevel følge direktivet hvis bruken av bestemmelsen hindrer tjenesteyterne i å utføre sin næring. Dette oppfatter jeg som en

¹⁶¹ Også her mangler den norske teksten en korrekt oversettelse, det heter "allmenne hensyn", og ikke "tvingende almenne hensyn" slik bestemmelsen korrekt lyder i dansk offisiell versjon.

utvidelse av 2006-direktivet sett i forhold til 2004-versjonen. Selv ytelser som er av ikke-økonomisk interesse fanges også inn dersom det nasjonale regelverk rettslig eller faktisk hindrer de berørte tjenesteytere i å gjennomføre sine oppgaver.

- Til artikkel 16, som tidligere var betegnet "oprindelseslandprincippet", er nå kalt "fri udveksling af tjenesteydelser". Denne har som hovedregel at enhver medlemsstat som mottar tjenesteytelsen "*sikrer fri adgang til at optage eller udøve servicevirksomhed på dens område*":

1. Medlemsstaterne respekterer tjenesteyderes ret til at udføre tjenesteydelser i en anden medlemsstat end den, de er etableret i.

Den medlemsstat, hvori tjenesteydelsen leveres, sikrer fri adgang til at optage eller udøve servicevirksomhed på dens område.

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 persons vedkommende, på grundlag af den medlemsstat, hvor de er etableret

b) nødvendighed: kravene skal være begrundet i hensynet til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed, den offentlige sundhed 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.

2. 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:

a) at tjenesteyderen skal have et forretningssted på deres område

b) at tjenesteyderen skal indhente en tilladelse hos deres kompetente myndigheder eller optages i et register eller en faglig forening eller sammenslutning på deres område, undtagen i de tilfælde, der er omhandlet i dette direktiv eller i andre fællesskabsretlige instrumenter

c) at tjenesteyderen ikke må indrette visse faciliteter på deres område, herunder et kontor eller en praksis, som er nødvendige for udførelsen af de pågældende tjenesteydelser

d) at der skal bestå et særligt kontraktforhold mellem tjenesteyder og tjenestemodtager, som forhindrer eller begrænser selvstændiges muligheder for at udføre tjenesteydelser

e) at tjenesteyderen for at kunne udøve servicevirksomhed skal være i besiddelse af et særligt identitetsbevis, som udstedes af deres kompetente myndigheder

f) krav vedrørende anvendelsen af udstyr og redskaber, som er en integrerende del af tjenesteydelsen, medmindre kravene er nødvendige for at sikre sundhed og sikkerhed på arbejdspladsen

g) restriktioner for den frie udveksling af tjenesteydelser som omhandlet i artikel 19.

3 Der er intet til hinder for, at den medlemsstat, som tjenesteyderen begiver sig til, fastsætter krav vedrørende udøvelsen af servicevirksomhed, hvis disse krav er begrundet i hensynet til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed, den offentlige sundhed eller beskyttelsen af miljøet og stemmer overens med stk. 1. Der er heller intet til hinder for, at denne medlemsstat i overensstemmelse med fællesskabsretten anvender sine bestemmelser vedrørende ansættelsesvilkår, herunder bestemmelser, som er fastsat i kollektive aftaler.

4 Senest 28. december 2011 forelægger Kommissionen, efter at have hørt

medlemsstaterne og arbejdsmarkedets parter på fællesskabsplan, en rapport om anvendelsen af denne artikel, hvori den overvejer behovet for at foreslå harmoniseringsforanstaltninger for de former for servicevirksomhed, der er omfattet af dette direktiv.

Funn: Det er endringer siden 2004-utkastet fordi bestemmelsen om at medlemsstatene skulle påse at retten til å yte tjenester ("retten til at optage og udøve") utelukkende var omfattet av sitt hjemlands nasjonale bestemmelser (opprinnelseslandet) nå er endret slik at det kun heter seg at om mottakerlandet (vertsland) lager regler for eksportør av tjenester skal disse tilfredsstille krav som ikke-diskriminering, proporsjonalitet, nødvendighet, fravær av krav om hovedkontor, konsesjonsplikt, ha fysiske fasiliteter etc. Ordningen var også slik at det kun var opprinnelseslandet som var kompetent til å håndheve sitt regelverk, selv om tjenesteytelsen skjedde i et annet land.

Dersom vertslandet kan stille krav, er det i tilfelle kun slike som er positivt nevnt i tjenstedirektivet. Det var i 2004-utgaven bestemt at når det kom til hvordan utøvelsen av ytelsene skjedde, hadde vertslandet kompetanse som var sterkt begrenset (pkt. 3 litra a til i). Det var her bl.a. bestemt at vertslandet ikke kunne kreve at utenlandsk tjenesteyter skulle "overholde krav for udøvelse af servicevirksomhed, som finder anvendelse på deres område". 2006-direktivet er omarbeidet. Opprinnelsesprinsippet er ikke lenger noen betegnelse. Det som i artikkel 17 og 18 (2004-utgaven) var unntakelser til prinsippet er blitt til "Yderligere undtagelser fra den frie udveksling af tjenesteydelser".

Det er imidlertid spørsmål om endringene er substansielle. Riktignok forsvant i 2006 ord som opprinnelsesland og prinsippet om enekompetanse for hjemlandet til å stille krav til tjenesteytelser. Det er imidlertid klart at mottakerlandet er sterkt begrenset i sin lovgivning vedrørende innkommende tjenester. Positivt er det sagt at vertslandet kan oppstille bedtemmelser om "*den offentlige orden, den offentlige sikkerhed, den offentlige sundhed eller beskyttelsen af miljøet*", i tjenstedirektivet omtalt som tvingende almene hensyn.¹⁶² Dette er en bestemmelse som i all hovedsak er identisk med unntakshjemmelen i EF-traktaten artikkel 30 og som tolkes svært innskrenkende. Dvs. at det må begrunnes hva som er så spesielt med akkurat dette mottakerlandet – og som ikke kan gjelde i EU generelt. Hvis det er generelt skal det ikke iverksettes av ett enkelt land men tas opp i EU-fora og evt. gjennomføres generelt.

Summa summarum: Navnet "opprinnelseslandsprinsippet" er fjernet, men det betyr langt fra at vertslandet likevel kan vedta regler som influerer på strømmen av tjenesteytelser over landegrensene. Iht. 2004-versjonen var det på tross av utgangspunktet om opprinnelsesland likevel både generelle og midlertidige unntak fra prinsippet slik at vertslandet også da nøt godt av en viss kompetanse til å regulere. Mens det etter 2004 utgaven var slik at vertslandets kompetanse var positivt angitt, den gikk så langt artikkel 17 og 18 uttrykkelig bestemte og ikke lenger, er ordningen i 2006 at vertslandet har den kompetanse som følger av "tvingende almene hensyn", på de områder som ikke er underlagt harmonisert EU-lovgivning.

- Artikkel 17 gjelder ytterligere unntakelser (utover dem som er oppstilt i artikkel 16, dvs. i all hovedsak offentlig orden, sikkerhet, sunnhet etc.) fra den frie utveksling av tjenesteytelser, altså begrensninger i rekkevidden av tjenstedirektivet. Her finnes de sektorvise unntakene, dvs. post-, elektrisitets-, avfall og vannforsyning er unntatt. Det samme gjelder utstasjonering av arbeidstakere, rettslig inkasso etc. En skal imidlertid merke seg at det kun gjelder i et slikt omfang som godtatt i diverse rådsdirektiv, og i den grad det finnes rettsavgjørelser, innen rammen av denne rettspraksis.

Funn: I pkt. 15 er det kommet inn et unntak fra unntaket, dvs. at reglen om fri utveksling av tjenesteytelser i artikkel 16 ikke finner anvendelse på bestemmelser vedrørende

¹⁶² Om den svært begrensede kompetanse som kan utledes av denne passus, se note 20-24.

kontraktslige og ikke-kontraktslige forpliktelser, herunder kontraktformer som er fastsatt i den internasjonale privatrett. Dette er en ny regel sett i forhold til 2004-utkastet. Dette betyr at kontraktspartenes valg av regler i en transaksjon eller tilfeller av intrastatlige eller ekstraterritorielle uhell, ulykker, skadegjørende handlinger etc. ikke er berørt av artikkel 16. Lovvalsregler slik de har utviklet seg nasjonalt skal fortsatt følge de i all hovedsak ulovfestede prinsipper.

- Artikkel 18 (gammel) i 2004-utkastet (som gjaldt *midlertidige* unntak fra opprinnelsesprinsippet) er tatt ut. Ny artikkel 18 er gammel artikkel 19. I fortsettelsen sammenlignes således ny artikkel 18 med gammel artikkel 19, ny artikkel 19 med gammel artikkel 20 osv.

- Artikkel 18 (ny) gjelder *individuelle* unntakelser fra artikkel 16. Dvs. at den regulerer medlemsstatens adgang til å treffe enkeltvedtak vis-a-vis en tjenesteyter. Altså hvori adskiller gammel artikkel 19 seg fra ny artikkel 18?

Funn: Bestemmelsen er stort sett beholdt som tidligere. Eneste forskjell er at punktene 1 a)-c) er fjernet, dvs. regler om sikkerhet vedr. folkesunnheten, utøvelsen av tjenester i sunnhetssektoren og vern av offentlig orden mht. mindreårige. Samtidig som omfanget av sikkerhetsforanstaltninger som importstaten kan treffe ikke er presisert i den nye regel, er regulering av virksomhet i sunnhetssektoren tatt ut. Dvs. at denne myndighet ikke lengre finnes hos medlemsstaten.

Kompetansen til individuelle unntak får trolig liten praktisk betydning all den tid det bestemmes i pkt. 3 at reglene her ikke skal frata tjenesteytere friheter som er fastsatt EU-regler og som garanterer friheten til å yte tjenester eller som tillater unntak fra disse.

- Artikkel 19 gjelder forbudte restriksjoner.

Funn: Denne er uforandret fra 2004 og viser at reguleringer som importstaten kan oppstille for utenlandsk tjenesteyting er begrenset.

- Til artikkel 20: Denne gjelder for forbud mot forskjellsbehandling.

Funn: Bestemmelsen er uforandret fra 2004-utkastet.

- Til artikkel 21: Denne angår bistand til tjenestemottakere – forbrukere av tjenesteytelser.

Funn: Til forskjell fra 2004-versjonen som gjaldt De europeiske informasjonssentre for forbrukere (Euroquichets) og Utvekslingssentre for det Europeiske utenrettslige nettverk (EEJ-Net) vises det nå til Det europeiske nettverk for forbrukersentre (EEC-Net), forbrukersammenslutninger eller Euro Info Centre. Det er imidlertid ingen endring mht. om medlemstatene kan ha egne forbrukerråd. Regelen er at medlemsstatene kan nedlegge sine egne råd til fordel for kvikskrankene eller EEC-Net m.v.

- Til artikkel 23 (gammel): godtgjørelse av utgifter til legebehandling – denne utgår.

- Til artikkel 24 (gammel): bestemmelser om utstasjonering av arbeidere – denne utgår.

- Til artikkel 25 (gammel): utstasjonering av tredjelandsstatsborgere – denne utgår.

- Til artikkel 22 (ny) Denne gjelder *Oplysninger om tjenesteytere og deres tjenesteytelser*, og sammenlignes med gammel artikkel 26.

Funn: Regelen er i all hovedsak uforandret. Eneste forskjell er at pkt. 3c) utgår, dvs. at

tjenesteyter ikke lengre skal – selv etter anmodning fra tjenestemottaker – måtte opplyse selskapsform, dvs. fullt ansvarlig, begrenset ansvarlig eller personlig firma. Dette betyr at direktivet slik det ble utformet gir medlemsstaten dårligere kontrollmulighet vis-a-vis utenlandske tjenesteytere.

- Artikkel 23 gjelder ansvarsforsikring og faglige garantier.

Funn: Bestemmelsen er etter sitt innhold stort sett uforandret. Det er kommet til en del nye definisjoner (pkt. 6) og noen presiseringer, som ikke kan ses å medføre endringer i substans.

Viktigste endring i forhold til 2004-utgaven artikkel 27 er at setningen om at vertslandet ikke kan kreve noen ekstra forsikring av utenlandsk tjenesteyter dersom denne allerede er dekket av forsikring på sitt forretningssted, er gitt følgende tilførsel:

”Kræver en medlemsstat, at tjenesteydere, der er etableret på deres område, skal tegne en erhvervsansvarsforsikring eller stille en anden form for garanti, godkender denne medlemsstat attester for en sådan forsikringsdækning udstedt af kreditinstitutter eller forsikringsgivere, der er etableret i andre medlemsstater, som tilstrækkelig dokumentation”.

Det er ikke bestemt at slikt krav om ekstraforsikring ikke kan stilles. Bestemmelsen er formulert slik at medlemsstaten nok kan stille et slikt krav, men dette kan tjenesteyter parere ved å fremlegge attest for at forsikringen finnes.

- Til artikkel 28 (gammel). Gjaldt garanti ved salg av tjenester (ettersalgsgaranti). Denne artikkel er tatt ut av tjenstedirektivet. En bestemmelse om ettersalgsgaranti er tatt inn som nytt pkt. 1h) i artikkel 22. Det medfører ingen substansielle endringer i forhold til 2004-utkastet.

- Til artikkel 24 (ny) som omhandler lovregulerte erhvervs kommersielle kommunikation. Dette er en bestemmelse om oppheving av alle nasjonale forbud mot reklame, som stort sett tilsvarer 2004-utkastet artikkel 29. Dvs. at det medfører at medlemsstatene skal oppheve *alle* generelle forbud mot lovregulerte ervervsannonser og reklame for virksomheten.

Funn: Bortsett fra en setning om at ”Faglige regler om kommersiell kommunikation skal være ikke-diskriminerende, begrundet i et tvingende alment hensyn og proportionelt afpasset” er denne artikkel som i 2004-versjonen. Kravet om tvingende almene hensyn medfører en betydelig skjerpelse sett i forhold til ordningen i 2004. Som nevnt er ”tvingende almene hensyn” noe ganske annet enn ”almene hensyn”, som også her er det uttrykket som benyttes i den norske oversettelse.

- Til artikkel 25 (ny). Denne forbyr at medlemsstatene oppstiller krav om at en tjenesteyter kun skal drive virksomhet i en bransje.

Funn: Bestemmelsen er uforandret med unntak av medlemsstaten tillates å stille krav – innenfor de lovregulerte erverv – til det fagetiske begrenset etter 2006-versjonen til slike tilfelle der det ”af fagetiske adfærdsregler, der varierer efter det enkelte erhvervs særlige karakteristika, og nødvendigt for at sikre deres uafhængighed og uvildighed”. I 2004-utkastet var det kun tale om ”at sikre overholdelse af fagetiske regler, der varierer efter det enkelte erhvervs særlige karakteristika”. Dette medfører en skjerpelse av medlemstatenes lovgivningskompetanse mht. å unngå uheldig sammenblanding av funksjoner, for eksempel revisjonsarbeid og økonomisk rådgivning, plassering av kapital, aksje- og finansmekling etc.

- Til artikkel 26 (ny): som handler om prinsipper for tjenestenes kvalitet.

Funn: Bestemmelsen er uforandret sett i forhold til 2004-utkastet artikkel 31, bortsett fra at det er tilføyet at samarbeidsplikten mellom medlemslandenes faglige foreninger og handels- og håndverkskamre også omfatter forbrukerorganisasjoner og at medlemsstatene skal i samarbeid med Kommisjonen bestemme retningslinjer for de bransjespesifikke standarder som skal utvikles på europeisk nivå.

- Til artikkel 27 (ny) – regel om bileggelse av tvister, herunder private ordninger for "udenretslig bilæggelse af tvister". Denne avløser 2004-utkastet artikkel 32.

Funn: Her er ingen materielle endringer med unntak av at det er nærmere presisert hva slags garantier for oppfyllelse av en rettsavgjørelse som godtas, dvs. hvilke kreditinstitusjoner som gyldig kan stille garanti. Andre endringer er av ren formell karakter.

- **Kapittel VI:** Artikkel 28 til og med artikkel 36 (2004 artikkel 33 -38) gjelder det administrative samarbeidet mellom medlemsstatene. Dette kapittel var før kalt "kontroll". Bestemmelsene i dette kapittel er undergitt omfattende reorganisering dvs. at sammenligningen gjelder andre artikkelnumre i 2004-versjonen.

- Til artikkel 28: Denne bestemmelse – som tilsvare artikkel 35 i 2004-versjonen – gjelder bistand ved tilsynet med tjenesteytelsene.

Funn: Hovedregel er nå, som før, at medlemslandene skal yte bistand til hverandre mht. et effektivt samarbeid. Mens 2004-versjonen omhandler anmodninger om å skaffe opplysninger er 2006-utgaven utvidet til å omfatte "anmodninger om at utføre kontroller, inspeksjoner og undersøgelser". Det er i 2006 også innført en kontrollfunksjon for Kommisjonen med etterfølgende sanksjonsmuligheter:

"Medlemsstaterne underretter Kommissionen om tilfælde, hvor andre medlemsstater ikke opfylder deres forpligtelser til gensidig bistand. Kommissionen træffer om nødvendigt passende foranstaltninger, herunder iværksættelse af procedurer i henhold til traktatens artikel 226, til at sikre, at de pågældende medlemsstater opfylder deres forpligtelser til gensidig bistand. Kommissionen underretter jævnligt medlemsstaterne om, hvordan bestemmelserne om gensidig bistand fungerer."

- Til artikkel 29: (Etableringsmedlemsstatens almindelige forpligtelser til gensidig bistand). Denne erstatter i hovedsak artikkel 35, 36 og 37 i 2004-versjonen og 4. april 2006-versjonens artikkel 33a.

Funn: I paragraf 2 er det gitt følgende bestemmelse: "Etableringsmedlemsstaten foretager kontroller, inspeksjoner og undersøgelser efter anmodning fra en anden medlemsstat og meddeler denne resultaterne og de foranstaltninger, der eventuelt er truffet. De kompetente myndigheder handler i den forbindelse inden for rammerne af de beføjelser, der er tillagt dem i deres egen medlemsstat. De kompetente myndigheder kan afgøre, hvilke foranstaltninger der i det enkelte tilfælde er bedst egnede til at imødekomm en anden medlemsstats anmodning". Denne regel finner en igjen i 2004-utkastet artikkel 35 pkt. 4, sammenholdt med artikkel 36 pkt. 2. Dvs. at eneste forskjellen er at ordet opprinnelsesstat i 2004-ordningen er fjernet og erstattet med etableringsstaten. Det springende punkt blir om de like formuleringene "der er tillagt dem i deres egen medlemsstat" betyr det samme i 2006 som i 2004.

- Til artikkel 30: denne bestemmelse gjelder "etableringsmedlemsstatens tilsyn i tilfælde, hvor tjenesteyderen midlertidig begiver sig til en anden medlemsstat".

Funn: Hovedregel her er at etableringsstaten ikke kan avstå fra å kontrollere sine

tjenesteytere med den begrunnelse at selskapet har utført sin virksomhet i en annen medlemsstat. Faktiske forhold skal imidlertid vertslandet ta seg av (pkt. 3). Det fremgår at kontrollen skal skje iht. "tilsynsbefølgelser, der er fastsat i dens nasjonale lovgivning". Det springende punkt er hva som tillates medlemsstaten i dens nasjonale lovverk. Det er ikke substansielle forskjeller mellom direktivet og 2004-ordningen.

- Til artikkel 31 (Tilsyn utført af den medlemsstat, hvor tjenesteydelsen udføres, i tilfælde hvor tjenesteyderen midlertidigt begiver sig til en anden stat). Denne erstatter 4. april 2006-utkastet artikkel 35.

Funn: Hovedregel er at der importstaten er gitt kompetanse etter artikkel 16 eller 17 har denne stat også kontrollkompetansen. Det faktiske tilsyn skal alltid utføres av importstaten, selv om etableringsstaten har håndhevingskompetansen. I tråd med 2004-utkastet er ordningen at vertslandet "ikke kan underkaste arbeidstageren eller tjenesteyderen præventiv kontroll". Det er annerledes mht. "de nødvendige efterprøvnninger, inspektioner og undersøgelser" (2004-utkastet artikkel 24). Dette er også ordningen i 2006 der det heter seg at staten "hvor tjenesteydelsen udføres, er ansvarlig for tilsyn med tjenesteyderens aktivitet på dens område hvad angår spørgsmål, i forbindelse med hvilke den kan pålægge sine nasjonale krav i overensstemmelse med artikel 16, stk. 1" Noen preventiv kontroll er ikke mulig.

- Til artikkel 32 (Advarselsordning). Dette er en ny bestemmelse om notifikasjon til andre medlemsstater og til Kommisjonen, som lyder som følger:

1 Hvis en medlemsstat får kendskab til alvorlige specifikke handlinger eller forhold vedrørende servicevirksomhed, som kan forårsage alvorlige skader på menneskers sundhed og sikkerhed eller på miljøet på dens eget område eller i andre medlemsstater, underretter denne medlemsstat hurtigst muligt etableringsmedlemsstaten, de andre berørte medlemsstater og Kommissionen.

2 Kommissionen fremmer og deltager i et europæisk netværk af medlemsstaternes myndigheder med henblik på at gennemføre stk. 1.

3 Kommissionen vedtager og ajourfører jævnligt efter proceduren i artikel 42, stk. 2, detaljerede regler for forvaltningen af det i stk. 2 omhandlede netværk.

Funn: Alvorlige skader på mennerskers sunnhet etc. er det som i andre sammenhenger betegnes som tvingende almene hensyn. Ordningen i artikkel 32 medfører at medlemsstater som utsettes for slik trussel skal, i stedet for å gå sine egne veier, kontakte andre berørte medlemsstater og Kommisjonen. Det er først dersom denne veien er prøvet og ikke ført frem at medlemsstaten vil kunne etablere egne reguleringer. Dette reduserer betraktelig mulighetene etter betraktning 40 til å gi egne regler iht. "tvingende almene hensyn".

- Til artikkel 33 (Oplysninger om tjenesteyderes hæderlighed). Denne bestemmelse samsvarer med artikkel 33 i 2004-versjonen og 36a i 4. april 2006-utkastet.

Funn: Det er et par materielle forskjeller. Den viktigste er at gjeldende direktiv har en passus om at "[e]n anmodning i henhold til stk. 1 skal være behørigt begrundet, og det skal navnlig præciseres, hvorfor anmodningen om opplysninger er fremsat". Noe særlig brysomt krav er vel dette ikke og det vil nok som oftest kunne oppfylles av vertsstaten.

En materiell forskjell er også kommet inn siden 2004 i og med at setningen "i overensstemmelse med national lovgivning" er ny. Det springende punkt da blir om vertsstaten har slikt nasjonalt regelverk, og i tilfelle ikke om det er hjemlet å vedta slikt regelverk uten EU-organers samtykke.

- Til artikkel 34 (Ledsageforanstaltninger). Denne artikkel innfører et elektronisk

medium for utveksling av opplysninger om tjenesteytere mellom medlemsstatene.

Funn: Dette er en ny artikkel som kom inn i tjenstedirektivet ved forslaget av 4. april 2006. Det er således ikke grunnlag for noen direkte sammenligning. Imidlertid hadde 2004-utkastet noenlunde tilsvarende regler i artikkel 8. Ordningen av 2006 er ikke på vesentlig måte noe avvik fra det elektroniske system som EU tenkte seg i 2004.

- Til artikkel 35 (bistand ved individuelle unntakelser).

Funn: Bortsett fra en tilføyelse i pkt. 1 ("herunder også indledende procedurer og handlinger, der udføres i forbindelse med strafferetlig efterforskning") er denne bestemmelse identisk med 2004-versjonens artikkel 37. Denne endring er en presisering som ikke utvider anvendelsesområdet for bestemmelsen. At det treffes et tiltak som nevnt i artikkel 18 (dvs. om sikkerheten i forbindelse med tjenesteytelser) vil i seg selv ikke utelukke evt. strafferettslige forføyninger der det måtte være nødvendig.

- Til artikkel 36 som gjelder gjennomføringsbestemmelser.

Funn: Bestemmelsen er uendret, med unntak av at "mellom medlemsstatene" erstatter "mellom kontaktpunktene". I og med at sistnevnte er lokalisert i medlemsstatene er dette mest kosmetikk.

- Til artikkel 37: Adferdskodekser som skal gjelde for alle medlemsstater er et ledd i EUs tilnærningsprogram, dvs. et stadig tettere samarbeid mellom medlemsstatene.

Funn: Det er tre endringer i forhold til 2004-ordningen. For det første at pkt. 3 og 4 utgår. Dvs. at medlemsstaten ikke kan kreve at "Medlemsstaterne træffer ledsageforanstaltninger med henblik på at tilskynde de faglige foreninger og organisationer eller sammenslutninger til på nationalt plan at gennemføre de adfærdskodekser, der vedtages på fællesskabsplan". Ei heller kan det kreves at "tjenesteyderen efter anmodning fra tjenestemottageren og i ethvert dokument, hvori deres tjenesteydelser er beskrevet i detaljer, oplyser, hvilke adfærdskodekser de er underlagt, og hvor disse kodekser er tilgængelige elektronisk, og på hvilke sprog".

For det annet at atferdskodeksene som ifølge 2004-ordningen kun skulle gjelde for lovregulerte ervervs reklamevirksomhet og deres fagetsiske regler og betingelser for eiendomsmekling. Materielt sett gjelder 2006-ordningen for hele tjenestesektoren. For det tredje er det gjort endringer mht. beslutningene om hvem som skal treffe avgjørelser om kodeksene. Mens dette ikke var sagt eksplisitt i 2004 er det i 2006 klargjort at de faglige foreninger, organisasjoner og sammenslutninger skal utarbeide disse.

Forskjellen mellom 2004- og 2006-ordningen er at mens medlemsstatene, og Kommisjonen opprinnelig skulle tilskynde at de faglige NGO gjennomførte atferdskodeksene på nasjonalt plan, er denne bestemmelsen tatt ut. Dvs. at Kommisjonen og statene skal i 2006 tilskynde at disse NGO utarbeider slike kodekser på fellesskapsplan. En flytter beslutningskompetansen her over på NGOene. Det reduserer medlemsstatenes betydning. Medlemsstatene og Kommisjonen skal opptre samlet innen rammen av EU. Også denne utvikling gjør at det neppe blir særlig plass for medlemsstatslovgivning i tjenstedirektivet.

- Til artikkel 38. Denne gjelder adgangen til ytterligere harmonisering.

Funn: Kommisjonen skal ta initiativ til å utarbeide felles regler for visse bransjer. En av bransjene er tatt ut siden 2004, jf. "indsats med penge i hasardspil", herunder lotteri og veddemål. Dessuten er pkt. 2 fjernet. Dvs. at det ikke er lovfestet at Kommisjonen skal undersøke om det finnes andre områder som trenger harmonisering.

At det er vedtatt at harmonisering skal kunne igangsettes vedrørende adgangen til å drive rettslig inkasso samt private sikkerhetstjenester og transport av penger og verdigjenstander, utelukker ikke at ikke også andre fremstøt kan gjøres..

- Til artikkel 39 (gjensidig evaluering av konsesjonsordningene).

Funn: Reglene er uforandret med unntak av at fristen for medlemsstatenes evaluering er endret.

- Til artikkel 40 (utvalgsordningen for gjennomføring av tjenstedirektivet).

Funn: Ingen materielle endringer her idet bestemmelsen er uforandret.

- Til artikkel 41 (revisjon og rapport).

Funn: Denne er materielt sett uendret med unntak av den omtalte rapport som i 2006 er karakterisert som "omfattende". Det vises også til artikkel 2 og 16 mens dette tidligere ikke var presisert. Av underordnet betydning i forhold til sammenligningen mellom 2004- og 2006-ordningen.

- Til artikkel 42. Denne er uendret.

- Til artikkel 43 (ny): Denne kom inn helt på tampen, og gjelder beskyttelse av personopplystninger. Det vises her til at saker som følger tjenstedirektivet også henhører under direktiv 95/46 EF. Også denne er av underordnet betydning i forhold til sammenligningen mellom 2004- og 2006-ordningen.

- Til artikkel 44: Gjennomføring av direktivet. Denne er uendret bortsett fra at datoen er satt til 28. desember 2009.

- Til artikkel 45: Tidspunkt for når direktivet trer i kraft: Denne er uendret.

- Til artikkel 46: Direktivet retter seg til medlemsstatene. Det forhindrer likevel ikke at enkeltpersoner kan få rettigheter av direktivet som en kan gjøre gjeldende for domstolene, se her for eksempel "direct applicability" slik det fremstilles av EF-domstolen i Van Duyn-saken 41/74 ECR [1974] s. 1337.