Tjenestedirektivet og de offentlige tjenestene

– et arbeidsdokument

Forord

Høsten 2007 inngikk Fagforbundet en samarbeidsavtale med med Nei til EU, i hovedsak om forskjellige utredningsoppgaver. Først ut var ulike forhold ved EUs tjenestedirektiv. I januar 2008 ble det derfor nedsatt en arbeidsgruppe som har sett på de samme problemstillingene som utredningene Nærings- og handelsdepartementet (NHD) har bestilt om tjenestedirektivet. Gruppa har bestått av Dag Seierstad (Nei til EU), Peder Martin Lysestøl (Høyskolen i Sør-Trøndelag), Trond Nordby (Universitetet i Oslo), Hans Holte (Utdanningsforbundet i Oslo), Morten Harper (Nei til EU), Unni Hagen (Fagforbundet), Rolv Rynning Hanssen (Fagforbundet), Hilde Loftesnes Nylén (Nei til EU) og Rakel M. Solbu (Fagforbundet).

Arbeidsgruppa har først og fremst konsentrert arbeidet sitt om offentlige tjenester. Resultatet har blitt et grundig arbeidsdokument. Gruppa ønsker med dette dokumentet å fokusere på en rekke problemstillinger vi mener NHDs utredninger ikke besvarer, og sette disse på dagsorden. Det er vårt syn at dokumentet åpner for en rekke spørsmål som det er avgjørende at regjeringen besvarer i forbindelse med sin behandling av tjenestedirektivet, i tråd med Soria Moria-erklæringens målsettinger.

Velferdsstaten er basert på prinsippet om å yte etter evne og få etter behov. Offentlig sektor er bærebjelken i velferdsstaten, og velferdsordningene skal eies, finaniseres og drives av det offentlige. Trygge, godt kvalifiserte og motiverte offentlig ansatte gir de beste tjenestene. De kjenner behovene og mottakerne av tjenestene best, og har kompetansen. Menneskene som arbeider i det offentlige har krav på å få vite hvordan tjenestedirektivet vil påvirke deres arbeidsdag.

Oslo, den 23. april 2008

Innhold:

Sammendrag 3

Kapittel 1. Den historiske og økonomiske bakgrunnen for tjenestedirektivet 5

Kapittel 2. Fra orslag til direktiv 10

Kapittel 3. Innholdet i direktivet 14

Kapittel 4. Konsekvenser for offentlige tjenester 19

Kapittel 5. Konsekvenser for utdanningstjenestene 23

Kapittel 6. Konsekvenser for de sosiale tjenestene 26

Kapittel 7. Status for helsetjenestene 29

Kapittel 8. Konsekvenser for tjenester som er unntatt direktivet 32

Kapittel 9. Hva er igjen av opprinnelseslandsprinsippet? 36

Kapittel 10. Det grunnleggende problemet for offentlige tjenester 42

Kapittel 11. Hva nå? 45

Oppsummering 49

Litteraturliste 54

Sammendrag

Tjenestedirektivet skal fremme handelen med tjenester på tvers av nasjonale grenser ved å fjerne hindringer innført av nasjonalstatene for å ivareta hensyn til forbrukere, miljø, sikre sosiale rettigheter, rettigheter i arbeidslivet og til demokratiske beslutningsprosesser.

EU-kommisjonen har gang på gang slått fast at det ikke kan trekkes en klar grense mellom ikke-økonomiske tjenesteytelser (som ligger utenfor tjenestedirektivet) og tjenesteytelser av allmenn økonomisk interesse (som omfattes av direktivet). Medlemsstatene kan mene noe om hvor skillet går, men i siste instans vil det bli avgjort av EF-domstolen. Dette er ekstra urovekkende siden EU-kommisjonen stadig fastslår at skillet ikke ligger fast. Og enda verre blir det når den forklarer at det «under alle omstendigheter (vil) være umulig for medlemsstatene å betrakte samtlige tjenesteytelser på et gitt område, for eksempel alle utdanningsytelser, som ikke-økonomiske tjenesteytelser av allmenn interesse».

Enhver aktivitet som innebærer å levere varer og tjenester til et marked, er en økonomisk aktivitet uansett om selskapet er offentlig eller privat, og uansett hvordan det får inntektene sine. Tjenester som ytes mot betaling, er å regne som økonomisk aktivitet. Det gjelder også om de som nyter godt av tjenestene, ikke sjøl betaler for dem. Det fører ifølge EU-kommisjonen til at «nesten alle tjenester på det sosiale området kan regnes som økonomiske aktiviteter». Da er det bare en glidende overgang – eventuelt et par domstolsavgjørelser – som skal til før tjenestedirektivet omfatter mange flere sosiale tjenester enn det som spesifiseres i direktivet i dag.

Fra juridisk hold er det stadig framholdt at tjenestedirektivet ikke endrer rettstilstanden i EU og dermed i EØS. Direktivet lovfester bare den rettstilstanden som EF-domstolen har skapt gjennom dommene sine. Mange grunnleggende forhold ved tjenestedirektivet er uavklarte og omstridte. Det hevdes for eksempel av forkjemperne for direktivet at det såkalte «opprinnelseslandsprinsippet» ble tatt ut av direktivet ved det kompromisset som EU-parlamentet kom fram til i februar 2006. Opprinnelseslandsprinsippet innebar at et selskap som yter tjenester i andre land, skal – med unntak for helse, miljø, offentlig orden og sikkerhet – følge regelverket i det landet der selskapet er registrert og ikke i det landet der tjenestene ytes. Kontrollen med at regelverket følges skal også utføres av det landet der selskapet er registrert. Professor Finn Arnesen ved Institutt for europarett sier i sin betenkning om virkningen av at opprinnelseslandsprinsippet er tatt ut «at det kan virke som endringen er av mer kosmetisk enn praktisk betydning».

To instanser bidrar til at EU systematisk begrenser handlingsrommet for offentlig sektor: EU-kommisjonen og EF-domstolen. Når det konkluderes med at tjenestedirektivet får liten betydning for offentlige tjenester, er det en konklusjon som bare har mening som et «juridisk øyeblikksbilde» av den aktuelle rettstilstanden omkring offentlige tjenester. Dette øyeblikksbildet ser fullstendig bort fra at EU-systemet drives framover av en dynamikk som stadig endrer rettstilstanden nær sagt til det ugjenkjennelige for mange tjenester som har vært offentlige i alle land i EU og EØS. Man ser bort fra at for dem som har ønsket seg et tjenestedirektiv, er direktivet bare er en etappe på veien mot en stadig mer liberalisert samfunnsorden.

Hvis en norsk lov har utilsiktede virkninger, kan den endres. I EU er det bare en teoretisk mulighet for at det kan skje. Overraskende dommer i EF-domstolen og nye tolkninger har nesten uten unntak sitt lovgrunnlag i markedsfrihetene til EU, de som har vært traktatfestet i femti år, og som bare kan endres hvis samtlige medlemsland er enige om det. Uvisshet om rettssituasjonen kan fort slå over i uro. På ett område har uroen vært særlig stor: Hvor

trygge er de grunnleggende offentlige tjenestene? Kan de drives slik som parlamenter har vedtatt, og slik som regjeringer setter vedtakene ut i livet?

EU-kommisjonen har i all sin tid, etter hvert stadig mer målbevisst, vært en pådriver for liberalisering innad i EU. Det fins ingen eksempler på at EU-kommisjonen har tatt initiativ til endringer i motsatt retning. Og EU-kommisjonen har enerett på å fremme lovforslag i EU. EF-domstolen har en liknende pådriverrolle. Denne domstolen har fra starten av sett det som sin overordnede forpliktelse å virkeliggjøre EU-traktatens grunnprinsipper om fri bevegelse av varer, tjenester, kapital og arbeidskraft. Det som politikerne ikke makter – eller ikke våger – å avklare, det avklares av dommerne i EF-domstolen. Det er ingen grunn til å tro at pådriverrollene til EU-kommisjonen og EF-domstolen er borte i og med innføringen av tjenestedirektivet. Det er heller ingen grunn til å tro at EU med dette direktivet er kommet til veis ende som liberaliseringsprosjekt.

En eventuell norsk reservasjon mot tjenestedirektivet vil kunne bli en inspirasjon for kampen i andre europeiske land om å endre innholdet av tjenestedirektivet slik at det ikke like entydig som EU-kommisjonen skulle ønske, tvinger Europa i markedsliberal retning. Det kan få betydning langt utover Norges grenser. Innad i EU er ett slag tapt, men kampen mot at det markedsliberale favntaket skal omfatte stadig flere områder, er på ingen måte over.

Kapittel 1

Den historiske og økonomiske bakgrunnen for tjenestedirektivet

A. Tjenestedirektivet i lys av makt- og demokratiutredningens rettsliggjøringsteori

Av Trond Nordby, professor ved Institutt for statsvitenskap, Universitetet i Oslo

Over tid har EU utviklet seg i retning av en føderasjon der både den lovgivende, utøvende og dømmende makt står over tilsvarende statsmakter i de enkelte medlemslandene. Slik har EU en dynamisk karakter som tydeliggjøres av at den tidligere søylestrukturen vil bli definitivt opphevet når Lisboa-traktaten trer i kraft. De tre søylene som da smelter sammen, er: (1) det indre markedet, (2) den juridisk-politiske dimensjonen og (3) utenriks- og sikkerhetspolitikken.

Den frie bevegeligheten av tjenester er regulert av flere artikler i EF-traktaten og for øvrig av artikkel 36.1 i EØS-avtalen:

> «Innen rammen av bestemmelsene i denne avtale skal det ikke være noen restriksjoner på adgangen til å yte tjenester innen avtalepartenes territorium for statsborgere i en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat som har etablert seg i en annen av EFs medlemsstater eller EFTA-stat enn tjenesteytelsens mottager.»

Vurdert mot denne bestemmelsen framstår tjenestedirektivet mest som en innskjerping av regler som for lengst er vedtatt. Ved å vanskeliggjøre kontrollen med hva slags lønn utenlandske arbeider mottar, gir tjenestedirektivet «smøring» av den frie flyten av arbeidskraft. Ifølge direktivets artikkel 16.2 har ikke medlemsstater (inkludert EØS-landene, om de godtar direktivet) rett til å kreve at utenlandske arbeidere på midlertidig oppdrag har et «forretningssted på deres område», og de kan altså ikke kreve at arbeiderne skal registreres med et eget tjenestebevis eller ha oppholdstillatelse for å utføre tjenesten.

Den måten tjenestedirektivet kommer til å fungere på, svarer på mange måter til det Makt- og demokratiutredningen betegnet som en «rettsliggjøring». Sluttrapporten fra 2003 definerer begrepet slik (s. 116):

> «Rettsliggjøring innebærer at større områder og flere detaljer i samfunnslivet er regulert av lover og direktiver, at domstolers og andre rettslige institusjoners beslutningskompetanse øker på bekostning av politiske og administrative organer, og at interesser i økende grad blir formulert som rettskrav.»

Som eksempel nevner utredningen EØS-avtalen og andre traktatforpliktelser. I det eneste forarbeidet som ble gjort til sluttrapporten, «Maktfordeling og rettsliggjøring» (Nytt Norsk Tidsskrift nr. 2/2000) poengterer Øyvind Østerud at EF-domstolen spilte en sentral rolle i forbindelse med integrasjonsprosessen. I henhold til unionsavtalen kan domstolen «sette til side nasjonale lover og nasjonal politikk» så sant disse står i konflikt med EU-lovverk. Hvis medlemslandene er uenige i traktaten, kan de endre den, men det krever enstemmighet.

På denne måten har EØS-avtalen gjort Norge til en del av unionens rettsområde, noe som betyr at EF-domstolen, på de områder hvor EØS-avtalen gjelder, kan sette til side ordninger

som skriver seg fra politisk-administrative vedtak og etablert rettspraksis (jfr. Finnanger-dommen fra 2000). Sett i dette perspektivet er det neppe riktig å si at tjenestedirektivet skaper ny rett, eller fastslår nye prinsipper i forhold til hvordan EF-domstolen ellers ville ha dømt. Men ved å skape et mer detaljert regelverk, innskjerper tjenestedirektivet rådende prinsipper.

Hvis Norge ikke avviser direktivet, vil vi bli spikret, enda fastere enn tilfellet er med EØS-avtalen, til et regelverk som er i ferd med for fullt å slå gjennom innenfor EU. I tillegg vil det bli klarere for alle parter hva EU som liberaliseringsprosjekt kan føre til. Dette direktivet vil ha uheldige følger for de siviliserte, fasttømrede formene for lønns- og tariffastsettelse som til nå har preget Norge og de øvrige skandinaviske landene.

Mye av striden rundt tjenestedirektivet står om «opprinnelseslandsprinsippet» (et begrep som ikke er eksplisitt nevnt i den siste versjonen av tjenestedirektivet), det vil si hvorvidt et selskap som utfører midlertidige tjenester i et annet EU/EØS-land, skal følge reglene i det landet der hovedkontoret ligger, ikke der hvor tjenestene utføres. Direktivet krever dessuten at et selskap når det blir godkjent i ett av de aktuelle landene, automatisk er godkjent i alle de andre. De som står i fare for å bli rammet av disse bestemmelsene, er arbeidere fra et lavkostland som er på midlertidig oppdrag i et annet EU/EØS-land – såkalte «utstasjonerte» eller «utsendte arbeidstakere».

I likhet med andre fullmaktsbestemmelser slik vi kjenner dem fra norsk lovgivning, overlater tjenestedirektivet på flere områder til EF-domstolens diskresjonære skjønn å gi direktivet et eksakt innhold. Hva annet kan vi da vente oss enn tolkninger som understreker en generell tendens til å overlate til EF-domstolen å styrke posisjonen til de fire friheter? Bekreftelser på denne antagelsen foreligger gjennom dommene i Viking Line- og Vaxholm-sakene.

Norge har lang tradisjon for at lønn og tariff i store deler av arbeidslivet fastsettes gjennom frie forhandlinger mellom partene i arbeidslivet, og der staten på ulike måter og i varierende grad har vært med som tredje part. Stortinget deltar ikke direkte i selve lønnsfastsettelsen – annet enn gjennom en grunnleggende lovgivning. Tjenestedirektivet, sammen med andre EU/EØS-lover, betyr derfor mindre for folkestyret enn for selve trepartssamarbeidet under lønnsfastsettelsen. Her risikerer tjenestedirektivet, om det skulle oppstår tvister om tolkningen, å bidra til at avgjørelsene overføres til EF-domstolen i Luxemburg.

Som diagnose rammer således denne rettsliggjøringen EU-systemet direkte – i den forstand at diagnosen om EUs underskudd på demokrati forsterkes ytterligere. For EØS-landet Norge er det den skandinaviske modellen som står i fare. Den ene konsekvensen av dette bør være at Norge fortest mulig sier opp EØS-avtalen. At EU, ved å overlate beslutninger til EF-domstolen, bidrar til å avvikle den frie forhandlingsretten, gjør at argumentet om at vi må melde oss inn i EU for å kunne påvirke politikken, mister sin relevans.

B. Kampen om et internasjonalt marked for tjenester

Av Peder Martin Lysestøl, førstelektor i samfunnsøkonomi ved Høgskolen i Sør-Trøndelag

Målet med dette notatet er å sette søkelyset på de kreftene som står bak kravet om et fritt marked for tjenester. Tjenestedirektivet er ikke en «idé» skapt av høyrebyråkrater i Brussel. Kravet om et internasjonalt marked for tjenester er en konsekvens av utviklingen av den globaliserte økonomien. Bak kravet står de transnasjonale selskapenes økende behov for nye markeder, nye profittmuligheter.

Historisk tilbakeblikk

Fasen med nasjonal kapitalisme, med oppbygging av velferdsstater, ser ut til å ha vært et kort avbrudd i kapitalismens historie. Oppbyggingen av en sterk offentlig sektor og nasjonale reguleringer for å få til styring av kapitalismen ble en trussel mot de «frie markedskreftene».

I OECD-landene i snitt økte skatteinnbetalingen som andel av BNP fra 25 % til 34 % fra 1955 til 1975. I Norge var økningen særlig sterk, fra 30 % til 47 % (Lysestøl og Eilertsen 2001 s.28).

På 1970-tallet ble det med sentrum i USA (Reagan) og England (Thatcher) satt inn en politisk offensiv for å snu denne utviklingen. Det er skildret inngående i boka «En nyliberal revolusjon» (Lysestøl og Eilertsen 2001). Også i Norge slo ideene om mindre markedsreguleringer igjennom. Et skred av liberalisering ble gjennomført i løpet av 1980-tallet av skiftende regjeringer. EU-systemet med Romatraktatens mål om de fire frihetene, var et godt redskap for europeisk storkapital til å gjennomføre liberaliseringen. Sterke krefter ble satt inn for å stanse veksten i de offentlige sektorene og for å liberalisere EU-markedet.

I Norge var oljekapitalen en pådriver. Oljen, verdens mest internasjonale vare, ble bærebjelken i norsk økonomi. Utenlandsk kapital strømmet til Norge og norsk kapital ble investert verden over. Veksten i kapitaleksporten taler for seg: Mens under 10 % av sysselsettingen i de 30 største norske industrikonsern var i utlandet i 1980, var andelen 15 år seinere steget til 40 %! Seinere har veksten i kapitaleksporten fortsatt i samme tempo. Kravet om liberalisering av handelen førte til at hindringer for handelen med industrivarer nesten forsvant. Mens tollsatsene på industrivarer i snitt var på 45 % etter 2. verdenskrig, er de i dag redusert til om lag 4 %.

I de siste 30-40 årene har den økonomiske veksten særlig skjedd innenfor offentlig og privat tjenesteyting. I Norge står tjenesteyting for 74 % av sysselsettingen. Oppbyggingen av Oljefondet (Pensjonsfondet) har bidratt til at norske kapitalinteresser har særlig interesse av nye markeder verden over. Det er liten tvil om at Norge kan bli en aktiv pådriver i det internasjonale markedet for handel med tjenester. Når EU i Lisboa i 2000 erklærte at EU skal bli «verdens mest konkurransedyktige marked», var dette også en erklæring om at tjenestesektoren, som omfatter 70 % av produksjonen, skal bli en viktigere del av det «frie» markedet. Det er denne historiske prosessen som har ført til vedtaket av tjenestedirektivet.

Hva er «tjenester»?

I den økonomiske utviklingsprosessen er det en allmenn tendens til at produksjonen flyttes fra jordbruk og primærnæringer, til industri og andre sekundærnæringer og til dagens situasjon hvor en stadig større del av produksjonen skjer i tjenestesektoren. En stor del av internasjonaliseringen av tjenesteproduksjonen skjer i dag ved at «brukerne» flyttes. Norske studenter kjøper for eksempel utdanningstjenester for millioner i Australia, USA og EU-land.

Men «tjenestekapitalen» ønsker mye mer. Skal du selge tjenester i stor skala må du produsere der folk bor, der markedet finnes. Skal du selge helsetjenester, må du ha sykehuset der folk bor. Skal du selge utdanning, må skolen være lokal, dvs. kapitalen må flyttes og får frihet til å flytte.

Men de ulike land har gjennom sin historie utviklet ulike standarder og regler for nivået på tjenester. Dette betyr at det må skje en kraftig avregulering før tjenestemarkedet fungerer slik kapitalen ønsker det. Banker og forsikringsselskaper, eiendomsmeglere og reklamebyråer kan skaffe seg stor fortjeneste innen privat tjenesteyting. Dette er ikke mulig i den store offentlige sektoren.

Tallrike analyser, rapporter og prosjekter fra OECD og EU har derfor gått inn for å privatisere mest mulig av den offentlige sektoren. Til en viss grad har innsatsen også lyktes. De offentlige utgiftenes andel av BNP er redusert betydelig i de fleste land. Sammenligner vi offentlig sektor i dag med situasjonen i 1990, ser vi en klar tendens (kilde: OECD):

	Offentlige utgifter i prosent av BNP	
	1990	**2007**
Norge	53	41
Sverige	61	54
England	42	45
EU	50	46
USA	37	37

Selv om tendensen er klar, særlig for Norge, ser vi også at land som USA og England, som aldri har hatt utgifter på nivå med Norge, har problemer med å redusere den offentlige sektorens andel ytterligere. Det samme ser vi om vi ser på den offentlige sysselsettingen. I de nordiske landene har den offentlige sysselsettingen de siste 10 årene blitt redusert fra 37 % til 34 %. I USA har den holdt seg på 16 % og i England på 20 % (kilde: ILO).

Dette skyldes at det er sterk politisk motstand mot privatisering av offentlige tjenester. Innføringen av et nytt overordnet regelverk som tjenestedirektivet skal bidra til å fjerne det som hindrer den «frie flyten» av tjenester. Fra 2020 vil tallet pensjonister øke betydelig. Det betyr at behovet for eldreomsorg og helsetjenester vokser sterkt. For kapitalen er målet å posisjonere seg for å ta en langt større del av dette viktige tjenestemarkedet enn det som er tilfelle i dag.

Status i markedsliberaliseringen til nå

Selv om Norge ikke har vært med i EU, har markedsliberaliseringen fulgt det samme mønsteret som i EU-landa. Dette har ført til at Norge i dag vurderes av OECD som et land som gjennom de siste 25 årene har kommet relativt langt i liberaliseringsprosessen. Dette underbygges godt i en rapport utgitt av OECD i juli 2005[1]. OECD har her sett på liberaliseringsnivået i medlemslanda på fire områder. På alle områdene har det skjedd en betydelig liberalisering de siste ti årene. Særlig er hindringene for handel og investeringer langt på vei fjernet.

[1] Conway, Paul; Nocoletti, Giuseppe og Janod, Véronique: Product Market Regulation in OECD Countries: 1998 to 2003 Economics Department Working Papers no. 419, april 2005.

A. Regulering av markeder for varer, tjenester, kapital og arbeidskraft

Her ligger Norge midt på treet. Det er langt flere reguleringer i Norge enn i USA, men Norge ligger nært EU-snittet og er mer avregulert enn Frankrike og Spania. Både Sverige og Danmark har avregulert betydelig mer enn Norge.

B. Statskontroll

Dette er det området hvor Norge «henger etter». Årsaken til dette er særlig at den norske staten fortsatt er en viktig bedriftseier. Det er 50 % flere ansatte i offentlige bedrifter i Norge enn i Danmark, og tallet på ansatte i offentlige bedrifter er redusert lite de siste ti årene. Både EU og de aller fleste land i Europa har mindre statskontroll enn Norge.

C. Hindringer for «entreprenørskap»

Få land i OECD-området har lagt forholdene så godt til rette for entreprenører som Norge. Norge ligger langt foran snittet i EU og også foran USA. Bare England og Irland er mer «entreprenørvennlig» enn Norge i Europa. Dette kan henge sammen med den kraftige skatteliberaliseringen som skjedde i Norge på 1990-tallet. En oversikt OECD har laget over utviklingen av kapitalskatten fra 1996 til 2006 viser at Sverige og Norge hadde det laveste skattenivået av alle landene i 2006:

Sverige og Norge	28 %
England	30 %
USA og Japan	39 %

D. Hindringer for handel og investeringer

Her har også liberaliseringen kommet langt i Norge. Igjen blir England vurdert som et av de landene som har liberalisert mest. Norge ligger på nivå med USA og snittet i EU og vurderes som langt mer liberalisert enn EU-land som Frankrike og Italia.

Oppsummering

Den økonomiske utviklingen de siste 30-40 årene har vært preget av en sterkt voksende tjenestesektor. Alt tyder på at dette også vil være tendensen i framtida. Om noen tiår vil en langt større del av sysselsettingen enn i dag være knyttet til tjenester innen eldreomsorg, helse og annet som er en følge av store demografiske endringer. Skal den private kapitalen ekspandere i framtida, vil disse områdene være sentrale. Derfor er det viktig for dem som ønsker å styrke norsk kapitalisme å tilpasse trygdesystemet og regelverket slik at det nettopp åpner for storstilt privatisering på disse områdene.

Som OECD-analysene viser, har «den nyliberale revolusjonen» i Norge utviklet seg omtrent i takt med utviklingen ellers innenfor EU og OECD-området. På noen områder er Norge til og med i spiss når det gjelder å legge forholdene til rette for det private næringslivet. Verdens handelsorganisasjon (WTO) vurderer helse, utdanning og vannforsyning som de store framtidsmarkedene for internasjonal kapital. Norge har en sterk tradisjon for at disse områdene skal være offentlige. Spørsmålet er om fagbevegelsen og andre som forsvarer velferdsstaten, vil være i stand til å stå imot denne breie markedstilpasningsstrategien. Det er i et slikt perspektiv kampen mot tjenestedirektivet må sees.

Kapittel 2

Fra forslag til direktiv

Bakgrunn og forarbeid

EU-toppmøtet i Lisboa i mars 2000 vedtok at EU skulle bli «den mest konkurransedyktige og kunnskapsbaserte økonomi i verden innen 2010». Det skulle skje ved å «sette fart i liberaliseringen av postvesen, energi, transport og vannforsyning» og ved å sikre den frihandelen som EU-traktaten forutsatte også for andre tjenester.

Kommissæren for det indre markedet, Frits Bolkestein, ble bedt om å legge fram et forslag til tjenestedirektiv som kunne fjerne «hindringer» for handelen med tjenester. Bolkestein kartla dette ved å spørre organisasjonene i næringslivet og en rekke enkeltselskap om hvilke hindringer de møtte når de ville yte tjenester i andre land. Resultatet ble oppsummert i den såkalte «barriererapporten» (KOM (2002) 441 endelig).

Denne barriererapporten så fullstendig bort fra at mange av «hindringene» var innført for å ivareta hensyn til forbrukere, miljø, sosiale rettigheter, rettigheter i arbeidslivet og demokratiske beslutningsprosesser.

Både barriererapporten og Bolkestein avfeide alle slike hensyn som proteksjonisme. Men det er viktig å merke seg at svært få av disse barrierene rettet seg spesielt mot tjenesteytere fra utlandet. De færreste av dem «diskriminerer ut fra nasjonalitet», men behandler innenlandske og utenlandske tjenesteytere likt. Alle regler som «diskriminerer ut fra nasjonalitet», ville blitt dømt ulovlig av EF-domstolen helt uavhengig av et eventuelt tjenestedirektiv.

Mens undersøkelsen til Bolkestein var opptatt av de hindringene som skyldtes regelverk og administrativ praksis, rettet en undersøkelse fra PricewaterhouseCoopers søkelyset mot hva som ble opplevd som de viktigste hindringene for handel med tjenester på tvers av grenser. Da la de fleste bedriftsledere vekt på kulturelle og språklige hindringer, ikke på de administrative hindringene som tjenestedirektivet for enhver pris skulle ha vekk («Impact of the proposed EU Directive on Services in the Internal Market», august 2005).

Bolkestein-direktivet

EU-kommisjonen la fram forslaget til tjenestedirektiv i januar 2004. Formålet med direktivet var – og er – å øke konkurransen om å yte tjenester på tvers av grensene i EU- og EØS-området. Det måtte til for at EU skulle bli verdens «mest dynamiske og konkurransedyktige område», mente – og mener – EU-kommisjonen.

To hovedprinsipper var kjernen i forslaget til direktiv: prinsippene om gjensidig godkjenning og om opprinnelsesland. Det betyr at tjenesteytere som er godkjent i ett EU- eller EØS-land, skal kunne tilby tjenestene sine i alle andre EU- og EØS-land. Og det betyr at ansvaret for å kontrollere selskap som yter tjenester i andre land, skal legges til det landet der selskapet har registrert seg ut fra regelverket til dette landet – og ikke i det landet der tjenestene utføres.

Forslaget til EU-kommisjonen kastet EU rett inn i sin hardeste klassekamp på år og dag. Aldri har noe EU-forslag blitt møtt med så voldsomme protester – fra fagforbund, fra forbrukerorganisasjoner og fra organisasjoner for brukere og klienter innen helse- og sosialsektoren. Europeisk fagbevegelse sto sammen om å fordømme forslaget til tjenestedirektiv og mobiliserte til kraftige demonstrasjoner rundt om i Europa, den siste og største i Strasbourg da EU-parlamentet startet behandlingen av direktivet den 14. februar 2006.

Den europeiske faglige samorganisasjonen, DEFS (Euro-LO), tok klar avstand fra direktivet. Det gjorde også de fleste fagforbund fra Øst-Europa – der regjeringene hilste direktivet velkommen. Ved folkeavstemningene i Frankrike og Nederland i mai og juni 2005 ble tjenestedirektivet en viktig del av mobiliseringsgrunnlaget for å stemme ned forslaget til EU-grunnlov.

Kompromissvedtaket i EU-parlamentet

Den 16. februar 2006 vedtok EU-parlamentet et kompromissforslag som er mindre dramatisk enn forslaget fra EU-kommisjonen – men også så uklart at det blir EF-domstolen som til slutt må avgjøre hvordan direktivet skal forstås. I diskusjonene forut for kompromissvedtaket prøvde sosialdemokratene i EU-parlamentet å få sosialpolitikk og forbrukervern inn blant direktivets «tvingende allmenne hensyn», det vil si som hensyn som kunne gi grunnlag for å stille krav til utenlandske tjenesteytere. Etter harde dragkamper ga de opp bare dager før avstemningen.

I en pressemelding fra Malcolm Harbour, saksordfører for den store høyregrupperingen i EU-parlamentet (EPP), slås det fast at det var et vilkår for kompromisset at sosialpolitikk og forbrukervern ikke kunne regnes som «tvingende allmenne hensyn» (pressemelding 14. februar 2006). EU-kommisjonen kunne derfor trygt fastslå i sin egen pressemelding etter parlamentsvedtaket at formålet med direktivet fortsatt var det samme: «å fjerne alle hindringer for den frie bevegelse av tjenesteytelser i EU».

Endringsforslaget fra EU-kommisjonen i april 2006

Etter kompromisset i EU-parlamentet i februar var det ventet at EU-kommisjonen ville sende direktivet mest mulig uendret videre til statsrådene i Ministerrådet. Det kunne være risikabelt å legge inn annet enn kosmetiske endringer i forhold til det sårbare kompromisset som de to store partigruppene i EU-parlamentet, sosialdemokratene og den største høyregruppa, hadde klart å snekre. Derfor var det overraskende at Kommisjonen i april 2006 la fram et forslag til direktivtekst med omfattende endringer i forhold til kompromisset fra EU-parlamentet. Kommisjonen la inn endringer i så godt som alle artiklene i selve lovteksten – og også i de mange betraktningene i fortalen til direktivet.

Hele avsnitt var fjernet eller endret, nye avsnitt var lagt inn og setninger var omformulert. Var kompromisset i EU-parlamentet vanskelig å trenge inn i, var det ikke blitt enklere med det nye forslaget til Kommisjonen. EU-parlamentet hadde tatt helse og de fleste sosiale tjenestene ut av direktivet sammen med de fleste henvisningene til opprinnelseslandsprinsippet. Men på alle disse tre punktene sto EU-kommisjonen fram med «skadebegrensning».

EU-kommisjonen gjorde det klart at den såkalte «Roma 1-konvensjonen» om lovvalg måtte inn i EU-lovgivningen. Det kunne føre opprinnelsesprinsippet inn bakveien (se del 10). Forslag til et eget helsedirektiv ville bli lagt fram (se del 8) og en melding om sosiale tjenester ga urovekkende varsler om at stadig flere sosiale tjenester etter hvert kunne falle inn under tjenestedirektivet (se del 7).

Endringer vedtatt av Ministerrådet 29. mai 2006

På et møte i Ministerrådet den 29. mai 2006 ble det lagt opp til enda flere endringer i forhold til kompromissvedtaket i EU-parlamentet. Ministerrådet vedtok at sektorer som energiforsyning, vannforsyning, post og utdannelse løpende skal vurderes opp imot reglene i tjenestedirektivet til tross for at det er tjenester som i utgangspunktet er unntatt direktivet (se kapittel 8).

Parlamentet ville unnta alle sosiale tjenester, men det ville ikke Ministerrådet. Ministerrådet ville bare unnta «sosiale tjenesteytelser i forbindelse med sosial boligbygging, barnepass og støtte til familier og personer som har midlertidige eller permanente behov for det og som utføres av staten, av tjenesteytere med oppdrag fra staten eller av hjelpeorganisasjoner som er anerkjent av staten» (art. 2.2j). I den norske oversettelsen som ble lagt ut på nettet av Nærings- og handelsdepartementet i desember 2006, heter det kort og godt at unntaket gjelder for «sosialtjenester knyttet til sosiale boliger, barnepleie og støtte til familier og personer i nød».

EU-parlamentet hadde gått inn for å unnta tjenesteytelser av allmenn økonomisk interesse fra artikkel 15. Det ble omformulert av Ministerrådet til at slike tjenester er unntatt i det omfang «de rettslig eller faktisk hindrer oppfyllelsen av de særlige oppgaver som er betrodd dem». Denne formuleringen er ikke lett å forstå, men svarer til det som står i EF-traktaten i artikkel 86.2. Artikkelen har blitt lagt til grunn for en serie dommer i EF-domstolen som innebærer at medlemslandene ikke kan sette reglene for det indre markedet til side når de overdrar en offentlig oppgave til en virksomhet, enten den er offentlig eller privat (Haar, Ny Agenda, 4. juli 2006).

EU-parlamentet tok «juridiske tjenesteytelser» ut av direktivet. Ministerrådet la dem inn igjen.

Ministerrådet svekket teksten når det gjelder forsikring og garantiordninger for forbrukerne, særlig for tjenester som ytes fra et annet land. Parlamentet ville at forbrukerne skulle vite det hvis en virksomhet er blitt irettesatt av en bransjeforening på grunn av dårlig bransjeetikk. Det ville ikke Ministerrådet (Haar, Ny Agenda, 14. juni 2006). Men viktigere er det nok at parlamentet ville ta «vikarbyråer» helt ut av direktivet, mens Ministerrådet bare ville unnta «vikarbyråers tjenesteytelser». Det kan bety at autorisasjonsordninger for vikarbyråer gis så trange rammer at kontrollen med slike byråer svekkes vesentlig.

De siste framstøtene fra sosialdemokratene høsten 2006

Saksordføreren for sosialdemokratene, Evelyn Gebhardt, framstilte kompromissvedtaket i EU-parlamentet som «en seier for det sosiale Europa» (EUobserver 4. april 2006). I september 2006 fremmet hun likevel elleve endringsforslag for å gjenvinne noe av det som gikk tapt i februar (Haar, Ny Agenda, 6. september 2006). Hensikten var å imøtekomme den uroen som fortsatt var til stede i deler av fagbevegelsen. DEFS ville ha inn noen presiseringer av «vital betydning» som kunne gjøre det klart at arbeidsrett og sosiale tjenester lå helt utenfor direktivet. I tillegg måtte fagbevegelsens grunnleggende rettigheter sikres bedre.

Parlamentskompromisset fra februar 2006 kunne leses som om tjenestedirektivet anerkjente nasjonal arbeidsrett – uten forbehold. Men Ministerrådet vedtok på møtet i mai et tillegg som sier at direktivet ikke griper inn mot nasjonal arbeidsrett «som respekterer Fellesskapets lovgivning». Dermed var den nasjonale arbeidsretten uttrykkelig og prinsipielt underordnet EU-retten.

Sosialdemokratene prøvde i forbindelse med sluttbehandlingen av direktivet i desember 2006 å dempe denne underordningen, ved å erstatte den med en sideordning: Direktivet skulle ikke gripe inn mot arbeidsrettslige regler «som er i samsvar med fellesskapsretten og nasjonal rett og praksis». Men da fikk sosialdemokratene klar beskjed, både fra høyreflertallet i parlamentet og fra Kommisjonen, om at alt de hadde oppnådd i februar, ville ryke dersom det ble foreslått nye endringer. Det endte derfor med at den sosialdemokratiske gruppa trakk forslaget.

Så nå står det i artikkel 1.6:

> «Dette direktiv påvirker ikke arbeidsretten, dvs. alle juridiske eller kontraktsmessige bestemmelser vedrørende ansettelsesvilkår, arbeidsvilkår, herunder helse og sikkerhet på arbeidsplassen og forholdet mellom arbeidsgivere og arbeidstakere, som medlemsstatene anvender i overensstemmelse med nasjonal rett som respekterer fellesskapsretten».

Kapittel 3
Innholdet i direktivet

Tjenestedirektivet har som formål «å lette utøvelse av etableringsadgangen for tjenesteytere og fri bevegelighet av tjenester, og samtidig opprettholde en høy kvalitet på tjenestene» (art. 1.1). Direktivet skiller mellom etablering i et annet land og «utveksling av tjenesteytelser» mellom land. EU-kommisjonen beskriver skillet slik:

> «Etablering betyder, at der sker en faktisk udøvelse af erhvervsvirksomhed ved hjælp af et fast forretningssted i et ikke nærmere angivet tidsrum. Derimod er udveksling af tjenesteydelser i henhold til EF-Domstolens retspraksis kendetegnet ved fraværet af en varig og kontinuerlig deltagelse i økonomien i værtsmedlemsstaten. (...) Etablering kræver integration i medlemsstatens økonomi og erhvervelse af en kundekreds i denne medlemsstat med udgangspunkt i et stabilt etableret forretningssted» (Håndbog i gennemførelsen af tjenesteydelsesdirektivet – «servicedirektivet», EU-kommisjonen 2007 s. 48).

I praksis er det likevel ikke opplagt hva som er hva:

> «Som EF-Domstolen konsekvent har fastholdt, skal sondringen mellem etablering og udveksling af tjenesteydelser drages fra sag til sag, idet der ikke kun tages hensyn til tjenesteydelsens varighed, men også dens hyppighed, periodiske karakter eller kontinuitet. Som EF-Domstolen også konkluderer, følger det heraf, at der ikke kan fastsættes nogen generel tidsfrist med henblik på at skelne mellem etablering og udveksling af tjenesteydelser» (Håndbog ..., EU-kommisjonen 2007, s. 48).

Regelverket for utveksling av tjenesteytelser fins i direktivets artikler 16-18, mens regelverket for etableringer fins i artiklene 9-15.

Tjenester unntatt fra tjenestedirektivet

Tjenestedirektivet følger definisjonen i EF-traktaten (artikkel 50) av hva en tjenesteytelse er: Det er «enhver selvstændig erhvervsvirksomhed, der normalt udføres mod betaling, jf. traktatens artikel 50» (art. 4.1). Samme definisjon står i EØS-avtalens artikkel 37.

Direktivet omfatter alle tjenester som ikke er særskilt unntatt. Unntatt er:

- utøvelse av offentlig myndighet (politi, fengsler, domstoler)
- finanstjenester, helsetjenester og ikke-økonomiske tjenester av allmenn interesse (art. 2.2 og 2.3)
- enkelte tjenester av allmenn økonomisk interesse som post, «visse tjenester i gass- og elektrisitetssektoren», avfallsbehandling og vannforsyning
- skipstransport og havnetjenester, flytransport, transport på vei og jernbane, leiebilkjøring og ambulansekjøring (art. 2.2d). Kjøreskoler, bilutleie og en del andre tjenester innen transportsektoren omfattes derimot av direktivet (Håndbog ..., EU-kommisjonen 2007, s. 13)
- utleie av arbeidskraft fra vikarbyråer (art. 2.2e). Andre sider av virksomheten til vikarbyråer, som rekruttering og headhunting, omfattes av direktivet (Håndbog ..., EU-kommisjonen 2007. s. 13)
- audiovisuelle tjenester (TV, radio, filmframvisning) (art. 2.2g)
- rene lotterispill (art. 2.2h)

– «sosialtjenester knyttet til sosiale boliger, barnepleie og støtte til familier og personer i nød». Denne formuleringen gjør det ytterst uklart hvilke sosialtjenester direktivet omfatter, og flere dokumenter fra EU-kommisjonen understreker at denne uklarheten er bevisst fra Kommisjonens side (se nærmere drøfting i kapittel 6)
– inndrivelse av inkasso gjennom rettssystemet. Inndrivelse utenom rettsystemet omfattes derimot av direktivet (art. 17.5)

De tjenestene som er unntatt fra direktivet, er fullt ut underlagt EUs traktater, og dermed gjelder etableringsfriheten (EF-traktatens art. 43) og den frie flyten av tjenester (EF-traktatens art. 49) også for dem.

Tjenester som omfattes av direktivet

EU-kommisjonen har satt opp følgende liste over tjenester som omfattes av direktivet. Listen er ikke ment å være uttømmende, siden direktivet omfatter alle tjenester som ikke uttrykkelig er unntatt.

> «Tjenesteydelser leveret af de fleste lovregulerede erhverv (f.eks. advokater, skatterådgivere, arkitekter, ingeniører, revisorer og vurderingsmænd), håndværkere, forretningsrelaterede ydelser (f.eks. kontorvedligeholdelse, ledelseskonsulentvirksomhed, arrangementsvirksomhed, inddrivelsesvirksomhed, annoncerings- og rekrutteringsydelser), distributionsvirksomhed (herunder detail- og engrossalg af varer og tjenesteydelser), tjenesteydelser inden for turisme (f.eks. rejsebureauvirksomhed), fritidsaktiviteter (f.eks. ydelser leveret af idrætscentre og forlystelsesparker), anlægsvirksomhed, installation og vedligeholdelse af udstyr, informationsvirksomhed (f.eks. webportaler, nyhedsbureauvirksomhed, forlagsvirksomhed og computerprogrammeringsydelser), overnatningsfaciliteter og fødevarevirksomhed (f.eks. hoteller, restauranter og cateringvirksomhed), undervisning og uddannelse, udlejning (herunder biludlejning) og leasing, ejendomsmæglervirksomhed, certificerings- og prøvningsvirksomhed» (Håndbog ..., EU-kommisjonen 2007, s.11).

Regler for besøkende tjenesteytere

Reglene for besøkende tjenesteytere (fri utveksling av tjenester) gis i artiklene 16-18. Artikkel 16 fastslår at vertslandet ikke kan pålegge utenlandske tjenesteytere andre krav enn de som kan begrunnes av ett av de fire forhold som nevnes i artikkel 16.1 og som gjentas i artikkel 16.3: hensynet til offentlig orden, offentlig sikkerhet, folkehelse og miljøvern. I tillegg må ethvert krav være i samsvar med prinsippene om likebehandling, nødvendighet og proporsjonalitet.

EU-kommisjonen forklarer hvordan dette skal forstås:

> «Som følge heraf vil tjenesteyderne vide, at de ikke er underlagt lovgivningen i modtagermedlemsstaten, undtagen når dens anvendelse er begrundet i et af de fire forhold, der er fastlagt i artikel 16, stk. 1 og 3, (eller den pågældende lovgivning er omfattet af en af undtagelserne i artikel 17)» (Håndbog ..., EU-kommisjonen 2007, s. 48).

Med andre ord: Utenlandske tjenesteytere kan stole på at det er opprinnelseslandsprinsippet som gjelder med de unntak som er gitt i artikkel 16.1, 16.3 og 17 (se ellers drøftingen i kapittel 9).

Tvingende allmenne hensyn – hva er det?

Uttrykkene «offentlig orden», «offentlig sikkerhet» og «folkehelse» stammer fra EF-traktatens artikkel 46. EU-kommisjonen har gitt en utførlig drøfting av hva som ligger i disse uttrykkene (Håndbog ..., EU-kommisjonen 2007, s. 49-51).

Disse uttrykkene er, ifølge EU-kommisjonen, alle blitt «tolket konsekvent i snever forstand» av EF-domstolen. Det må foreligge «en reell og alvorlig trussel mot en grunnleggende samfunnsinteresse» for at slike forhold skal tas i betraktning, og det er de medlemsstatene som påberoper seg slike hensyn, som har bevisbyrden. Det er EU-kommisjonen og EF-domstolen som i så fall må overbevises. Det fins derfor få eksempler på at EF-domstolen har godkjent at hensynet til offentlig orden har kunnet begrunne krav til tjenesteytere (Håndbog ..., EU-kommisjonen 2007, s. 49).

Når det gjelder uttrykket «folkehelse» har EF-domstolen ikke gitt noen spesifikk definisjon av hva det skal dekke. Men også der kreves det «en reell og tilstrekkelig alvorlig trussel». I et direktiv vedtatt i 2004 om retten til å ferdes og oppholde seg fritt i hele EU, blir hensynet til folkehelse utlagt slik:

> «De eneste sygdomme, der kan begrunde foranstaltninger, der begrænser den frie bevægelighed, er de sygdomme, der er potentielt epidemiske ifølge relevante instrumenter fra Verdenssundhedsorganisationen, samt andre smitsomme infektionssygdomme eller parasitære sygdomme, for så vidt værtsmedlemsstaten har truffet beskyttelsesforanstaltninger mod dem for egne statsborgere» (Håndbog ..., EU-kommisjonen 2007, s. 51).

Det kan se ut til at miljøhensyn defineres mindre snevert enn de tre andre hensynene. Men det skal likevel undersøkes nøye om vertslandets krav er nødvendige og proporsjonale (Håndbog ..., EU-kommisjonen 2007, s. 51).

Direktivet viser i fortalens betraktning nr. 40 til EF-domstolens forståelse av allmenne hensyn, og ramser opp en rekke hensyn som domstolen har anerkjent i ulike sammenhenger. I forhold til regulering av besøkende tjenesteytere begrenser tjenestedirektivet kraftig hva som skal regnes som et tvingende allment hensyn. I hht. artikkel 16 er det kun offentlig orden, offentlig sikkerhet, folkehelse og miljøvern som er relevante hensyn.

Kravene om likebehandling, nødvendighet og proporsjonalitet

Offentlig orden, offentlig sikkerhet, folkehelse og miljøvern er altså de eneste hensyn som kan begrunne krav til utenlandske tjenesteytere. Men da må det være krav som også stilles like strengt til innenlandske. Kravet om «likebehandling» betyr nettopp at en utenlandsk tjenesteyter i alle henseender skal behandles på samme måte som en innenlandsk (art. 16.1a). En henvisning til offentlig orden eller miljøvern må ikke innebære et vern av innenlandske tjenesteytere.

At et krav må være «proporsjonalt», innebærer at en ikke av sosiale eller andre hensyn kan begrense tjenesteyting fra andre land hvis slike hensyn kan ivaretas på andre måter. Alle krav som stilles, skal være «afpasset efter det tilsigtede formål og må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette mål.» Det som er «nødvendig», er presisert slik: Det skal være «det mindst restriktive middel til at nå målet» (Håndbog ..., EU-kommisjonen 2007, s. 52).

Dette fører til at det blir langt færre muligheter for å stille krav til utenlandsbaserte tjenesteytere. Kontrolltiltak som settes inn automatisk basert på en generell frykt for svindel eller misbruk fra en person eller et selskap, blir ikke godtatt.

Regler som gjelder ved etablering

Det grunnleggende regelverket for tjenesteyting gjennom etablering i et annet land, gis i artiklene 9-15. Artikkel 15 lister opp en serie med krav som bare kan stilles dersom de likebehandler utenlandske og innenlandske tjenesteytere, er begrunnet i et tvingende allment

hensyn (dvs. hensyn til offentlig orden, offentlig sikkerhet, folkehelse og miljøvern) og er proporsjonale (at de egner seg til å nå tilsiktede mål og ikke går utover det som er nødvendig for å nå målene). Medlemsstatene skal vurdere alle slike krav i egen lovgivning og fjerne dem hvis de ikke likebehandler, ikke kan begrunnes ut fra et tvingende allment hensyn og ikke er proporsjonale. Det siste betyr at for alle slike krav skal det vurderes om hensikten med kravet ikke kan mås med «mindre restriktive foranstaltninger» (Håndbog ..., EU-kommisjonen 2007, s. 43).

Eksempler på forbudte krav

Artikkel 14.5 forbyr «økonomiske behovsundersøkelser» før det gis en tillatelse. Det betyr en klar begrensning i den offentlige handlefriheten. Det kan bli forbudt for en kommune å begrense det private tilbudet av bestemte tjenester for å sikre at det er økonomisk grunnlag for dem som vil tilby dem – eller for å sikre at det er mulig å opprettholde et offentlig tilbud på området.

Artikkel 15.2a forbyr «kvantitative og territorielle begrensinger». Det er forbudt å sette et tak på hvor mange næringsdrivende som kan etablere seg i et bestemt område – eller i forhold til folketallet i et område. Det er også forbudt å kreve en viss minsteavstand mellom tjenesteytere som yter de samme tjenestene. Det å sikre det økonomiske grunnlaget for bestemte typer tjenesteytere er ikke et «tvingende allment hensyn» og kan ikke brukes som begrunnelse for kvantitative eller territorielle begrensninger (Håndbog ..., EU-kommisjonen 2007, s. 43-44).

Det kan heller ikke kreves at tjenesteyteren har en bestemt «juridisk form» (art. 15.2b).

Stor betydning kan forbudet mot «særlige kontraktsmessige ordninger mellom yteren og tjenestemottakeren» i 16.2d få. Det er utlagt slik av EU-kommisjonen: «Det ville være tilfældet, hvis en medlemsstat ved lov ville udelukke selvstændiges mulighed for at udføre bestemte typer serviceydelser, f.eks. ved at kræve, at de altid udføres i forbindelse med et ansættelsesforhold» (Håndbog ..., EU-kommisjonen 2007, s. 53).

Dette rammer den anti-kontraktør-klausulen som fins i den norske anskaffelsesforkriften for å sikre at norske lønnsforhold kan stilles som vilkår til dem som legger inn anbud ved offentlige bygge- og anleggsprosjekt. Det er konklusjonen også i utredningen fra FAFO om «Tjenestedirektivet og regjeringens handlingsplan mot sosial dumping».

Gjennomføringen av tjenestedirektivet

Direktivet forutsetter at medlemsstatene endrer lovgivningen sin. Det innebærer at en del enkeltlover må endres, at det vedtas nye enkeltlover og at det vedtas en generell «rammelov for gjennomføring» av tjenestedirektivet (Håndbog ..., EU-kommisjonen 2007). Det er særlig artiklene 9, 14, 15, 24 og 25 som krever at dagens lovgivning må endres.

For å fastslå hva som må endres, skal denne prosessen følges.

1. Regjeringene skal gå gjennom alle lover og forskrifter,
2. Regjeringene skal sende en rapport om resultatene til EU-kommisjonen og regjeringene i alle andre medlemsstater.
3. Ministerrådet gjennomgår rapportene og overlater til EU-kommisjonen å følge opp det som er i strid med tjenestedirektivet eller andre regler for EUs indre marked. Oppfølgingen kan skje gjennom en såkalt komitéprosedyre – eller ved at det legges fram lovforslag med strammere krav til medlemslandene.

Komitéprosedyren innebærer at forslag fra Kommisjonen behandles i en egen komité der forslaget må ha kvalifisert flertall for å vedtas. Hvis forslaget forkastes, kan Kommisjonen legge forslaget fram for Ministerrådet. Der må det være et kvalifisert flertall mot forslaget for at det ikke skal vedtas (vedtak 1999/468/EF: art. 5).

EU-kommisjonen har derfor stor innflytelse på hvordan tjenestedirektivet vil bli brukt i forhold til medlemsstatenes offentlige tjenester.

Kapittel 4

Tjenestedirektivets konsekvenser for offentlige tjenester

Med lov skal landet bygges, het det en gang. Her i landet var det norsk lov som fastslo hva offentlige myndigheter av alle slag kunne gjøre – og ikke gjøre. Tilsvarende var det i alle europeiske land. Slik er det ikke lenger – verken i EØS-landet Norge eller i noe EU-land. Nå fastslår EU-regler hva offentlige myndigheter ikke kan gjøre – og så får nasjonal lov fastlegge hva som kan gjøres innen rammen av de forbud som EU-reglene setter.

Dette setter trangere rammer for den offentlige handlefriheten. I tillegg er regelverket til EU plagsomt uforutsigbart. En overraskende dom fra EF-domstolen kan feie grundig forberedte vedtak i folkevalgte forsamlinger til side. Maktesløsheten er like stor hver gang EU-kommisjonen eller EF-domstolen velger å tolke regelverket strammere enn før.

Det var EF-domstolen selv som i 1964 fastslo prinsippet om at EUs felles regelverk har forrang over medlemsstatenes rett (den italienske saken Flaminio Costa mot Enel, sak 6/64). På helseområdet har domstolen flere ganger kommet med oppsiktsvekkende, liberaliserende dommer – ofte stikk i strid med politiske vedtak og forventninger. Siden 1979, da domstolen prinsipielt åpnet for fritt lege- og sykehusvalg over hele EU, og frem til i dag har EF-domstolen skritt for skritt tvunget fram en stadig tettere samordning av EU-landenes helsepolitikk. En av de mest sentrale avgjørelsene kom sommeren 2001, Smits/Peerbomsdommen (sak 157/99), hvor domstolen fastslo at også helsetjenester faller inn under EF-traktatens artikkel 49 og 50 om fri bevegelse av tjenester. Saken handlet om to nederlandske statsborgere som ikke hadde fått refundert utgiftene til sykehusbehandling i Tyskland og Østerrike. Regjeringene i tolv land, blant annet Norge, engasjerte seg i saken, men domstolen lot seg ikke overbevise av argumentene om at helse var en offentlig tjeneste som måtte ligge utenfor markedsreglene. Mer nylig – i april 2008 – har EF-domstolen grepet inn i myndighetenes adgang til å stille krav om et anstendig lønnsnivå hos de som skal levere tjenester for det offentlige (Rüffert-dommen, sak 346/06). En oppsiktsvekkende dom som kommer i konflikt med gjennomføringen av den internasjonale ILO-konvensjon nr. 94, som nettopp åpner for at det offentlige kan sette vilkår om lønn og arbeidsforhold ved oppdrag som skal utøves for kommune eller stat.

Hvis en norsk lov har utilsiktede virkninger, kan den endres. I EU er det bare en teoretisk mulighet for noe slikt. De overraskende dommene fra EF-domstolen og de nye tolkningene til EU-kommisjonen henter nesten uten unntak sin hjemmel i de grunnleggende markedsfrihetene til EU, de som har vært traktatfestet i femti år, og som bare kan endres hvis samtlige medlemsland er enige om det. Uvisshet om rettssituasjonen kan fort slå over i uro. På ett område har uroen vært særlig stor: Hvor trygge er de grunnleggende offentlige tjenestene? Kan de drives slik som parlamenter har vedtatt, og slik som regjeringer setter vedtakene ut i livet?

Tjenestedirektivet har forsterket uroen kraftig fordi det er fullt av setninger som kan forstås i mange retninger. All avklaring overlates til EU-kommisjonen – og i siste instans til dommerne i EF-domstolen.

Et nettsted i stedet for et rammedirektiv for offentlige tjenester

Fra mange hold er det krevd at EU ikke måtte vedta noe tjenestedirektiv før de offentlige tjenestene var sikret et trygt lovgrunnlag i EUs eget regelverk. EU-kommisjonen valgte den

motsatte rekkefølgen: først et tjenestedirektiv med uklar rekkevidde – og så noen vage løfter om et direktiv om offentlige tjenester. Fagbevegelsen og mange brukerorganisasjoner har krevd at EU vedtar et direktiv som kan verne allmennyttige offentlige tjenester mot konkurransereglene på det indre markedet. Det har EU-kommisjonen avvist. I stedet har den lagt fram et dokument som forteller hvordan EU-kommisjonen ser på det som på EU-språket kalles «tjenester av allmenn interesse».

I stedet for en klargjørende lovtekst skal det opprettes et nettsted der Kommisjonen skal rydde opp i forvirringen omkring de offentlige tjenestene. På dette nettstedet skal en få vite i hvilken grad offentlige tjenester omfattes av reglene for det indre markedet. For EU-kommisjonen er det enklest å ha full kontroll over dette følsomme området. Det er EU-kommisjonen som har ansvar for å passe på at regelverket følges og at EUs beslutninger settes ut i livet. Da er det jo nok at EU-kommisjonen hele tida sitter med oversikten over hvordan forholdet skal være mellom offentlig sektor og konkurransereglene til EU.

Tjenester i offentlig regi kan være tjenester som omfattes av direktivet

De offentlige tjenestene er vurdert i to av de utredningene som NHD bestilte, Erling Hjelmeng: «Tjenestedirektivet – grensen mellom tjenester av allmenn økonomisk betydning og ikke-økonomiske tjenester av allmenn betydning» og Bjarne Jensen: «Oppgaver i offentlig regi og tjenestedirektivet. En økonomisk/administrativ tilnærming». I begge utredningene kommer fram til at tjenestedirektivet har/vil få liten betydning for offentlige tjenester i Norge.

Erling Hjelmeng konkluderer slik:

> «Konklusjonen er at tjenestedirektivet har begrenset betydning for SGEI [tjenester av allmenn økonomisk interesse]» (Hjelmeng 2008, s. 15).

Bjarne Jensen har i hovedsak samme konklusjon:

> «Hovedkonklusjonen er at Tjenestedirektivet ikke trenger å få vesentlig betydning på utførelsen av offentlige oppgaver og virksomhet i Norge» (Jensen 2008, s. 5).

Et sentralt punkt i begge utredningene er forholdet mellom ikke-økonomiske tjenesteytelser og tjenesteytelser av allmenn økonomisk interesse.

Forholdet mellom ikke-økonomiske tjenesteytelser og tjenesteytelser av allmenn økonomisk interesse

I posisjonserklæringen til regjeringen av 24.5.06 er ett av punktene: Regjeringen «ønsker klarere avgrensing mellom tjenester av allmenn interesse og tjenester av allmenn økonomisk interesse.» Det er vanskelig å se at de to utredningene bidrar til å gi svar på dette ønsket. Samtidig er det fra EU-hold heller ikke kommet noe bidrag til en «klarere avgrensing».

Denne avgrensingen er etterlyst også i det danske Folketinget. På spørsmål svarte den danske statsråden slik 25.11.05:

> «Der eksisterer ikke en officiel definition af tjenesteydelser af almen interesse. Hvorvidt en given ydelse betragtes som almen eller almen økonomisk er i udgangspunktet op til medlemsstaterne selv at definere i overensstemmelse med EF-traktaten og EF-domstolens praksis. Medlemsstaternes beslutning herom er dog i sidste ende underlagt EF-domstolens vurdering.»

Bjarne Jensen oppsummerer slik:

> «De mest usikre klassifikasjonene mellom tjenester av allmenn økonomisk interesse og ikke-økonomiske tjenester av allmenn interesse vil som nevnt være knyttet til indi-

viduelle velferdstjenester i forbindelse med undervisning og oppvekst, helse og sosial, kultur og i noen grad tjenester fra teknisk sektor (vann – og avløp, renovasjon og andre kommunaltekniske tjenester)» (Jensen 2008, s. 14).

For vann, avløp og renovasjon er det på grunn av finansieringsformen, fullfinansierte tjenester i form av avgift etter selvkostprinsippet, «et åpent spørsmål» hvordan de vil bli vurdert (Jensen 2008, s. 15).

Jensen gjentar ved flere anledninger at «den enkelte medlemsstat kan selv, om den ønsker det, bestemme hva som er tjenester av allmenn økonomisk interesse gjennom rettsbestemmelser» (Jensen 2008, s. 17). Men samtidig erkjenner han at «det i siste instans (vil) være EU-retten som vil avgjøre tvilstilfeller» (Jensen 2008, s. 22). Dette bekreftes mer enn tydelig av EU-kommisjonen:

> «Hvorvidt en tjenesteydelse, som en medlemsstat betragter som værende af almen interesse, er af økonomisk eller ikke-økonomisk art, skal afgøres på grundlag af EF-Domstolens førnævnte retspraksis» (Håndbog ..., EU-kommisjonen 2007, s.12).

Med den dynamikk som har preget EF-domstolen de siste 30 år, er det derfor vanskelig å forstå den optimismen som Bjarne Jensen legger til grunn når han konkluderer.

Bjarne Jensen ser nettopp som et problem «den uklare og usikre avgrensningen mellom begrepene ikke-økonomiske tjenester av allmenn interesse og tjenester av allmenn økonomisk interesse. Domsavgjørelser i EF-domstolen og EFTA-domstolen og vedtak i EU-kommisjonen og Ministerrådet kan gi retningslinjer for hvilke tjenester og virksomheter som i framtiden vil bli definert som å falle under disse betegnelser eller ikke. En må derfor påregne at fortolkninger på disse områder vil avhenge av utviklingsprosesser og dynamikk i EU-systemet.»

Enda mer problematisk blir det når utredningen til Bjarne Jensen avsluttes slik:

> «Det vil derfor være en meget omfattende oppgave å utrede konsekvensene for offentlig sektor og for brukerne av offentlige tjenester av at Tjenestedirektivet eventuelt blir gjort gjeldende for offentlige virksomhetsområder. Det vil helt sikkert kreve særskilte analyser for hvert av virksomhetsområdene som eventuelt er aktuelle. Tidsrammen for dette prosjektet har ikke gjort det mulig å utrede slike konsekvenser i dette prosjektet. Min vurdering er at Tjenestedirektivet ikke trenger å få vesentlig nye virkninger for løsning av offentlige oppgaver i Norge. Derfor bør slike konsekvensberegninger gjøres før myndighetene eventuelt skulle legge til rette for at offentlig virksomhet i Norge kommer under Tjenestedirektivet» (Jensen 2008, s. 24).

Det er altså – når alt kommer til alt – ikke mulig å utrede konsekvensene for offentlig sektor uten omfattende analyser for hvert aktuelle virksomhetsområde. Den bastante konklusjonen om at «tjenestedirektivet ikke trenger å få vesentlig nye virkninger for løsning av offentlig sektor», ender derfor som en gåte.

Handlingsrommet snevres inn – mener KS

Den norske EU-delegasjonen i Brussel la i april 2007 fram en rapport om tjenester av allmenn interesse. Der står det blant annet:

> «Ifølge KS har handlingsrommet for tjenester av allmenn interesse blitt stadig strammere pga diverse domsavgjørelser fra EF-domstolene. Dette har samtidig gitt en uforutsigbar situasjon for offentlige tjenester som ligger i en gråsone mellom internt og eksternt organiserte tjenester. Eksempelvis knyttet til å kunne tildele oppdrag uten forutgående anbud i sammenheng med interkommunalt samarbeid.
> Domsavsigelsene bidrar også i høy grad til en opplevelse av at nasjonale, regionale og lokale myndigheters handlingsrom stadig snevres inn. Ikke minst er det en økende

> bekymring for at domsstolen i stadig høyere grad utformer politikken fordi politikken og regelverket har vært vag på dette området» (s. 20).

I den samme rapporten vises det til synspunkter fra CEMR, den europeiske paraplyorganisasjonen som KS er medlem av:

> «Mange organisasjoner har engasjert seg i diskusjoner om hvilke tjenester som tilhører henholdsvis SGI (tjenester av allmenn interesse) og underkategorien SGEI (tjenester av allmenn økonomisk interesse). I flg. CEMR vil plasseringen her være viktig, da den avgjør hvilke tjenester som er – eller ikke er underlagt EUs konkurranseregler. Mange frykter også at diskusjonen i realiteten dreier seg om det første trekket i en framtidig liberaliseringspolitikk fra EUs side – hvor konsekvensen i neste runde kan være tvungen anbudsutsetting av SGEI (tjenester av allmenn økonomisk interesse)» (s. 21).

Konsesjonsordninger godtas, men på bestemte vilkår

Konsesjonsordninger må være ikke-diskriminerende, begrunnet i tvingende allmenne hensyn og proporsjonale (art. 9). Artiklene 14 og 15 viser hvilke krav som ikke kan stilles for tildeling av konsesjon. De må bl.a. oppfylle hensyn til likebehandling, nødvendighet og proporsjonalitet. Det er ikke adgang til å gjøre konsesjon avhengig av at det er tilstrekkelig etterspørsel i markedet (art. 15.4).

Direktivet kan få konsekvenser for plan- og bygningsloven

EU-kommisjonen varsler at tjenestedirektivet kan gripe inn mot lovgivning som regulerer tjenesteytelser innen det som betegnes som byplanlegging og bygningsstandarder:

> «Når medlemsstaterne gennemfører direktivet, skal de således tage hensyn til, at lovgivning betegnet som «byplanlægning» eller «bygningsstandarder» kan rumme krav, som specifikt regulerer serviceydelser og derfor er omfattet af tjenesteydelsesdirektivet. F.eks. ville regler om visse kommercielle forretningssteders maksimale areal falde ind under tjenesteydelsesdirektivet og følgelig være omfattet af forpligtelserne i direktivets kapitel om etablering, selv om de måtte indgå i en generel byplanlægningslov» (Håndbog ..., EU-kommisjonen 2007, s. 17).

Kapittel 5

Konsekvenser for utdanningstjenestene

Det er sannsynlig at kjernen i det norske utdanningssystemet, den som er regulert av Barnehageloven, Opplæringsloven, Friskoleloven og Universitets- og høgskoleloven ikke omfattes av tjenestedirektivet – slik rettstilstanden defineres i dag. Like klart er det at utdanning som i det vesentlige betales av elever/studenter/familie kan falle inn under direktivet. Det er størrelsen på det som betales i egenandeler, som har betydning for hva som kan unntas fra direktivet og hva som omfattes. Hvor grensen går, er på ingen måte klart. EF-domstolen har også lagt vekt på om utdanningstjenesten er offentlig eller privat finansiert, og om den drives med profitt for øye.

> «I praksis betyr dette antakelig at den virksomhet som for eksempel Bedriftsøkonomisk Institutt driver ikke vil bli omfattet av direktivet, mens virksomheten på Treider vil bli omfattet. Selv om støtten til BI over statsbudsjettet bare utgjør 18 prosent av institusjonens inntekter og studentenes kursavgifter dekker det resterende, drives BI som en ideell stiftelse, institusjonen har ikke private eiere, den har ikke profitt som formål og den en del av vårt nasjonale utdanningssystem. Treider AS derimot er et privat aksjeselskap, eid av Anthon B Nilssen Utdanning AS, en av Skandinavias største private leverandører av utdanning og kursvirksomhet i følge college.treidernorge.no.» (Erik Orskaug: «Tjenestedirektivet – en oversikt», UNIO januar 2007)

Dette er i samsvar med det som står i fortalen til tjenestedirektivet:

> «Domstolen ... har erkjent at kjennetegnet på godtgjøring ikke er til stede når det gjelder de virksomhetene som utføres uten vederlag av staten eller på vegne av staten i sammenheng med dens plikter innenfor områdene sosial, kultur, utdanning og jus, som for eksempel kurs som gis i henhold til det nasjonale utdanningssystemet ... Det at tjenestemottakerne betaler et gebyr, for eksempel et undervisnings- eller adgangsgebyr betalt av studenter, for å yte et visst bidrag til driftskostnadene til en ordning, utgjør ikke i seg selv noen godtgjøring fordi tjenesten fremdeles i hovedsak finansieres med offentlige midler» (Betraktning 34).

Det er likevel stor usikkerhet om hvor definitivt utdanningstjenester er unntatt fra tjenestedirektivet. Det understrekes av at det var en kampvotering om utdanning da EU-parlamentet kom fram til sin kompromissløsning om direktivet i februar 2006. De to venstregruppene i EU-parlamentet, den sosialdemokratiske og den venstresosialistiske, foreslo at hele utdanningssektoren skulle ut av tjenestedirektivet. Det ble stemt ned av høyreflertallet i EU-parlamentet.

Det er dette som gjør at hver utdanningstjeneste må vurderes ut fra om den i tilstrekkelig grad er en tjeneste av allmenn interesse – og ikke en tjeneste av allmenn økonomisk interesse. I siste instans er det EF-domstolen som avgjør slike spørsmål.

Vurderinger fra utdanningsforbund i Danmark og Norge

Danmarks Lærerforening ser ikke forbeholdene i direktivet som noen garanti for hva som kan skje:

> «Foreløbig har Domstolen besluttet, at al offentlig uddannelse ligger uden for EU's lovgivningsmæssige kompetencer, også i tilfælde, hvor uddannelsen delvist finansieres af de studerende og deres forældre. Hermed synes størstedelen af det offentlige

> danske uddannelsessystem foreløbigt at være undtaget Servicedirektivet. Dette kan dog vise sig som en stakket frist, idet medlemslandene dels står uden indflydelse på EF-Domstolens afgørelser, og dels fordi der ikke er nogen form for garanti for, at Domstolen i sin praksis fortsætter med at 'frede' uddannelse for EU-lovgivning».[2)]

Danmarks Lærerforening frykter «at udenlandske virksomheder vil kunne få adgang til at udbyde en lang række erhvervsfaglige uddannelser, efteruddannelse og kursusvirksomhed, uden at danske myndigheder kan stille nogen krav til kvalitet og indhold. Det er ikke svært at forestille sig, at sådanne kursusudbydere snarere vil skelne til bundlinien i regnskabet end til kvaliteten».[3)]

Paraplyorganisasjonen til alle danske utdanningsforbund, Danske Lærerorganisationer International (DLI) tok i november 2006 enda hardere i – i en henvendelse til utdanningskomiteen i Folketinget:

> «Et er sikkert: Der er på nuværende tidspunkt en skræmmende mangel på klarhed over, hvilke konsekvenser Servicedirektivet kan få for det danske uddannelsessystem».[4)]

Kravet fra DLI var derfor prinsipielt:

> «Regeringen bør afkræves det løfte, at er der blot en eneste offentlig krone i et uddannelsestilbud, holdes det uden for Servicedirektivets anvendelsesområde. Kun på den måde kan det sikres, at indholdsstyring, kvalitetskontrol og videndeling på uddannelsesområdet også i fremtiden forbliver et nationalt anliggende.»

Her i Norge har Unio i et høringsbrev av 13. februar 2007 valgt å ta for gitt «at direktivet klart ekskluderer undervisningstjenester, også de som tilbys av «private aktører», fra å være omfattet av direktivet».

Fra høringsuttalelsen til Unio av 9.5.06:

> «Unio mener at det tradisjonelle utdanningssystemet regulert av opplæringsloven, friskoleloven og universitets- og høgskoleloven ikke omfattes av utkastet til tjenestedirektiv.
>
> Vi ber regjeringen klargjøre dette og i den forbindelse legge vekt på den mulighet som direktivet åpner for når det enkelte land selv kan trekke grensene mellom tjenester av allmenn interesse og tjenester av allmenn økonomisk interesse der disse er uklare.
>
> EU-domstolen har i tidligere saker lagt vekt på hvor store egenandelene har vært når det skulle tas stilling til om en tjeneste er næringsvirksomhet eller ikke og dermed utsatt for konkurranse. Dette kan føre til at noen utdanningstjenester i høyere utdanning vil kunne bli definert som tjenester av allmenn økonomisk interesse og dermed bli omfattet av direktivet. Det samme gjelder voksenopplæringen. Når det gjelder yrkesopplæringen bør det ikke være tvil om at denne faller utenfor direktivets virkeområde i Norge, mens dette kan komme i en noe annen posisjon i andre land hvor yrkesopplæringa er overlatt til arbeidslivet».

Uttalelsen til ETUCE

Den europeiske føderasjonen innen utdanningssektoren, ETUCE, uttrykker i en uttalelse fra 11. mai 2006 mye større bekymring enn hva Unio gjør:

---

2) Uttalelsen finnes på http://dlf.org
3) Uttalelsen finnes på http://dlf.org
4) Uttalelsen finnes på http://www.dlint.org

> «Konsekvensene av disse juridiske uklarhetene vil utvilsomt føre til økning i tallet på rettssaker for EF-domstolen som vil avgjøre hvordan EUs handels- og konkurranselovgivning skal anvendes på utdanningssektoren på nasjonalt nivå».

ETUCE oppfordrer derfor Ministerrådet til å sikre at utdanningssektoren i sin helhet utelukkes fra tjenestedirektivet.

ETUCE viser til det vil være helt avgjørende om utdanningstjenestene defineres som en tjeneste av allmenn interesse eller som en tjeneste av allmenn økonomisk interesse. Det er, ifølge ETUCE, ikke lett å trekke dette skillet siden det i ulike EU-land fins private institusjoner med offentlig finansiering, offentlige institusjoner med privat finansiering og offentlig-private partnerskap av forskjellig slag.

Siden EU-kommisjonen ikke vil avklare hvor skillet mellom disse to typene tjenester går, vil det bli opp til EF-domstolen å avgjøre det sak for sak. ETUCE mener at det må være opp til de politisk ansvarlige på nasjonalt nivå å avgjøre om utdanningssektoren skal styres «av åpen konkurranse og markedsregler på EUs indre marked». Det må ikke avgjøres av rettspraksisen til EF-domstolen.

For ETUCE reiser tjenestedirektivet «et avgjørende politisk spørsmål: Hva skal tillegges størst verdi, retten til fri handel i et åpent utdanningsmarked eller medlemsstatenes rett til full styring av utdanningssektoren med sikte på å sikre høy kvalitet og lik tilgang for befolkningen gjennom hele livet?»

Faren med foretaksmodeller og stykkprisfinansiering

Kenneth Haar fra Ny Agenda i Danmark peker på at det på sikt kan bli vanskelig å holde visse deler av utdanningssektoren utenfor tjenestedirektivets virkeområde. Han bruker som eksempel at universitetene nå som hovedregel får støtte etter en «taxameterordning». Hvis statsstøtten i for stor grad følger den som studerer, skapes det et klart økonomisk skille mellom utdanningsinstitusjonen og staten. Det vil da lett kunne åpnes for at enhver leverandør av utdanningstjenester krever tilskudd etter samme modell som offentlige universiteter. Samtidig oppstår en situasjon hvor det offentliges muligheter til å sikre kvalitet og styre innhold i utdannelsen svekkes (Kenneth Haar: «Service uden hensyn. Analyse av «Bolkestein Light», det reviderede forslag til EUs servicedirektiv», NyAgenda 2006).

Mye tyder på at tjenestedirektivet kan bidra til å svekke politisk styring og nasjonal kontroll over utdanningssektoren og at det dermed kan bidra til økt markedsinnflytelse og markedsstyring. Unio i Norge og DL i Danmark har utfordret myndighetene til å klargjøre om vi har garantier for at det tradisjonelle, lovregulerte utdanningssystemet holdes utenfor virkeområdet for tjenestedirektivet. Foreløpig har det ikke kommet noen betryggende klargjøringer.

EU-kommisjonen gir lite håp om at det kan gis noen slik klargjøring:

> «Det vil under alle omstændigheder være umuligt for medlemsstaterne at betragte samtlige tjenesteydelser på et givet område, f.eks. alle uddannelsesydelser, som ikke-økonomiske tjenesteydelser af almen interesse» (Håndbog i gennemførelsen af tjenesteydelsesdirektivet – «servicedirektivet», EU-kommisjonen 2007, s.12).

Kapittel 6
Konsekvenser for de sosiale tjenestene

Tjenestedirektivet skal i prinsippet gjelde alle tjenester som tilbys og etterspørres på et marked. Det kunne tilsi at sosiale tjenester finansiert av det offentlige ligger utafor direktivet. Artikkel 2 viser at så enkelt er det ikke:

> «2. Dette direktiv kommer ikke til anvendelse på følgende virksomheter:
> (...)
> j) sosialtjenester knyttet til sosial boliger, barnepleie og støtte til familier og personer i nød,»

Fra fortalen til tjenestedirektivet:

> «(27) Dette direktiv omfatter ikke de sosiale tjenester innenfor områdene bolig, barnepleie og støtte til trengende familier og personer som ytes av staten eller av organer eller veldedige organisasjoner som er godkjent for dette formål av staten – på nasjonalt, regionalt eller lokalt plan – med det formål å sikre støtte til de som har et særlig behov på grunn av utilstrekkelig inntektsnivå i familien, helt eller delvis manglende uavhengighet eller til de som risikerer å bli marginalisert. Disse tjenestene er avgjørende for å garantere den grunnleggende retten til menneskelig verdighet og integritet, og er en manifestasjon av prinsippene for sosial utjevning og solidaritet og bør derfor ikke påvirkes av dette direktiv.
>
> (33) ... Forbrukertjenester omfattes også .... og i den utstrekning de ikke er ekskludert fra anvendelsesområdet til dette direktiv, husholdningsstøttetjenester, som for eksempel hjelp for eldre (...)»

Nesten alle tjenester på det sosiale området kan regnes som økonomiske aktiviteter

Etter parlamentsbehandlingen i februar 2006 var følgende sosiale tjenester unntatt fra direktivet: «sosiale tjenester innenfor områdene bolig, barnepleie og støtte til trengende familier og personer». Slik ble det stående også i det endelige vedtaket i desember 2006.

Men det hersker fortsatt usikkerhet om hvor grensene går i praksis. Usikkerheten skyldes bl.a. at EU-kommisjonen – tre uker etter at den i april 2006 godtok kompromissløsningen i EU-parlamentet – la fram en melding om «sosiale tjenester av allmenn interesse» med et foruroligende budskap («Gjennomføring av Fellesskapets Lisboa-strategi: Sosiale tjenesteytelser av allmenn interesse i Den europeiske union» COM (2006) final, 26. april 2006).

I pressemeldingen fra EU-kommisjonen om denne saken sto det at «meldingen foretar ingen endringer i EU-lovgivningen, men framtidige endringer kan ikke utelukkes». Det vil heretter – annethvert år – bli lagt fram en rapport som «beskriver de siste moderniseringstendensene, rettsavgjørelsene og utviklingstrekkene».

Meldingen starter med å fastslå at EUs medlemsland også på det sosiale området i stigende grad dels overfører offentlige oppgaver til private og dels inngår såkalt offentlig-privat samarbeid (OPS). Denne «moderniseringstendensen» fører til at en stadig større del av de sosiale tjenestene faller inn under EU-lovgivningen slik at «det er behov for å klargjøre hvordan en del EU-regler skal anvendes».

Meldingen fastslår at enhver aktivitet som innebærer å levere varer og tjenester til et marked, er en økonomisk aktivitet uansett om selskapet er offentlig eller privat, og uansett

hvordan det får inntektene sine. Tjenester som ytes mot betaling, er å regne som økonomisk aktivitet. Det gjelder også om de som nyter godt av tjenestene, ikke sjøl betaler for dem. Det fører til at «nesten alle tjenester på det sosiale området kan regnes som økonomiske aktiviteter», ifølge EU-kommisjonen. Da er det bare en glidende overgang – eventuelt et par domstolsavgjørelser – som skal til før det er helt uvisst hva tjenestedirektivet vil bety for de sosiale tjenestene.

Meldingen fastslo at «det ikke er mulig å sette opp en liste av aktiviteter som i utgangspunktet ikke er økonomiske. Begrepet økonomisk aktivitet er et begrep som utvikler seg delvis som følge av politiske valg i hvert medlemsland». I praksis er det derfor EF-domstolen som avgjør om en bestemt aktivitet er av økonomisk art eller ikke – ifølge EU-kommisjonen.

Avslutte debatten?

Kommisjonen har ment at forholdet mellom offentlige tjenester og konkurransereglene har et avklart rettsgrunnlag, at det derfor er på tide å avslutte debatten og i stedet fokusere på den praktiske gjennomføringen. Reaksjonene har vært kraftige. Mange har vært urolige over framtida til de sosiale tjenestene. En allianse har utviklet seg mellom fagorganisasjoner, offentlige myndigheter med ansvar for sosiale tjenester og venstresida i EU-parlamentet. Et felles krav har vært at EU utvikler lovgivning som kan sikre at de grunnleggende sosiale tjenestene fortsatt kan tilbys som universelle tjenester og at de holder høy kvalitet.

DEFS vil for eksempel ha en opprydding av rettstilstanden gjennom et direktiv som trygger statusen til offentlige tjenester. Den sosialdemokratiske gruppa i EU-parlamentet og sosialpolitiske paraplyorganisasjoner som EAPN og Social Platform vil ha en «motvekt mot konkurranselover slik at vi slipper å vente på dommene i EF-domstolen.» Den europeiske føderasjonen for offentlig ansatte (EPSU) står med sine 8 millioner medlemmer sammen med sin motpart, arbeidsgiverorganisasjonen innen offentlig sektor (CEEP), om å hevde at «velferd avhenger av standarder som markedene ikke kan levere».

Er hjemmehjelp unntatt?

Utredningen for NHD av Erling Hjelmeng, professor ved Institutt for privatrett, siterer Kommisjonens oppfatning om at «næsten alle tjenesteydelser på det sociale område kan betragtes som «ervervsvirksomhed» i henhold til traktatens artikel 43 og 49», og erkjenner derfor at om noe regnes som en «sosial tjeneste», så er det ikke avgjørende for om den av EU vil bli klassifisert som økonomisk eller ikke-økonomisk.

Men utredningen til Hjelmeng bagatelliserer likevel usikkerheten som følger av dette. Det er ikke Erik Orskaug i Unio villig til:

> «Til tross for dette vil det også her være gråsoner som åpner for at regjeringen aktivt bør definere grensene mellom tjenester av allmenn interesse og tjenester av allmenn økonomisk interesse på en måte som skaper klarhet. (...) Spesielt vil vi peke på at hjemmetjenester som hjemmesykepleie og hjemmehjelp klart bør defineres som tjenester av allmenn interesse som skal holdes utenfor direktivets virkeområde selv om egenandelene for noen av hjemmehjelpstjenestene kan være betydelige og således åpne for det motsatte slik EU-domstolen tidligere har tolket betalingskriteriet» (Erik Orskaug: «Tjenestedirektivet – en oversikt», Unio 31. januar 2007).

Direktivet unntar «støtte til trengende familier og personer». Men gir det en sikker garanti for at kommunal hjemmehjelp er unntatt?

Erik Orskaug drøfter dette slik:

> «Kommunal hjemmehjelp styres av det offentlige som en del av kommunenes helhetlige tilbud til eldre som ofte trenger et integrert hjemmetjenestetilbud, både hjemme-

helsetjenester av forskjellige grupper helsepersonell samt hjemmehjelpstjenester som vask mv. som de eldre ikke klarer selv på grunn av dårlig helse. Alle disse tjenestene er finansiert av det offentlige, helsetjenestene er gratis, mens det for hjemmehjelp tas en egenandel. Egenandelen for hjemmehjelpstjenester er ofte gradert etter inntekt, de som har høy inntekt kan betale langt over halvparten av kostnaden ved tjenesten. I den grad godtgjøringsprinsippet og størrelsen på egenandelene skulle være avgjørende for om disse tjenestene vil være omfattet av Tjenestedirektivet vil det føre til store uklarheter i og med at egenandelene varierer sterkt. Unio har tidligere bedt regjeringen klargjøre at eldreomsorgen som helhet skal omfattes av «sosiale tjenester» og dermed unntas fra direktivets virkeområde».

Ingen klargjøring

En slik klargjøring er ikke kommet verken fra regjeringen eller fra EU-kommisjonen. Tvert om blir det ikke særlig klart når det i fortalen til direktivet sies følgende om hva direktivet omfatter: «(...) og i den utstrekning de ikke er ekskludert fra anvendelsesområdet til dette direktiv, husholdningsstøttetjenester, som for eksempel hjelp for eldre» (betraktning 33).

Det er også andre gråsoner. Mens barnehager er unntatt fra tjenestedirektivet (art 2.2.j), er barnevern en blanding av tjenesteytelse og utøvelse av offentlig myndighet (Hjelmeng 2008, s. 10). Det skaper en uklar situasjon siden det bare er den delen som innebærer utøvelse av offentlig myndighet som er unntatt direktivet. Arbeidsmarkedstiltak kan også ligge i gråsonen mellom utøvelse av offentlig myndighet og en tjenesteytelse (Hjelmeng 2008, s. 10).

Kapittel 7

Status for helsetjenestene

Både offentlige og private helsetjenester er unntatt tjenestedirektivet – uansett hvordan de er organisert eller finansiert. Dette går fram av artikkel 2.2 f i tjenestedirektivet:

> «2. Dette direktiv kommer ikke til anvendelse på følgende virksomheter:
> (...)
> f) helsetjenester, uansett om de ytes via helseinstitusjoner, og uansett hvordan de er organisert og finansiert på nasjonalt plan eller om de er offentlige eller private»

Fra fortalen:

> «(22) 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.»

EU-kommisjonen har spesifisert dette unntaket slik:

> «Dette betyder, at tjenesteydelser, som ikke udføres for en patient, men for sundhedspersonalet selv eller et hospital, f.eks. regnskabsassistance, rengøring, sekretær- og administrationsbistand, levering og vedligeholdelse af medicinsk udstyr samt ydelser leveret af medicinske forskningscentre, ikke er omfattet af denne udelukkelse.
>
> Desuden gælder udelukkelsen ikke serviceydelser, som ikke er beregnet til at vedligeholde, vurdere eller genetablere patienternes sundhedstilstand. F.eks. serviceydelser, der udføres med henblik på at tilvejebringe velvære eller afstresning som idræts- eller fitnesscentre, er omfattet af tjenesteydelsesdirektivet og skal dækkes ind af gennemførelsesforanstaltninger.
>
> Endvidere dækker udelukkelsen af sundhedsydelser kun serviceydelser, som er forbeholdt et lovreguleret erhverv i den medlemsstat, hvor tjenesteydelsen leveres. Tjenesteydelser, der kan leveres uden krav om specifik erhvervsmæssig kvalifikation, skal således være dækket ind af gennemførelsesforanstaltninger» (Håndbog i gennemførelsen af tjenesteydelsesdirektivet – «servicedirektivet», EU-kommisjonen 2007, s.13-14).

Regjeringen tok i sin «posisjon», som ble sendt EU 24. mai 2006, til orde for at direktivet måtte få en definisjon av helsetjenester – og at denne definisjonen ikke måtte begrense tjenestene til det som blir utført av helseprofesjonene:

> «Regarding the exclusion of health care services from the scope of the directive, we propose that a definition of health care services is included in the directive. The definition should not restrict the exclusion to activities that are reserved to a regulated health profession in the Member State in which the services are provided.»

Det er ikke kjent at noen slik definisjon er blitt gitt.

Om arbeidet med et eget helsedirektiv

Både offentlige og private helsetjenester ble unntatt fra tjenestedirektivet under parlamentsbehandlingen i februar 2006, og mange hilste dette unntaket velkommen. Men EU-kommisjonen meldte raskt at den ville forberede et eget direktiv om grensekryssende helsetjenester.

I september 2006 sendte Kommisjonen så ut på høring et uformelt diskusjonsnotat om hva som kunne være innholdet i et helsedirektiv. I høringsuttalelsen fra den norske regjeringen er det ingen prinsipielle motforestillinger mot at norsk helsevesen underlegges et EU-direktiv. Det stilles riktig nok en serie vilkår som også andre regjeringer kan ha stilt. Enkelte av dem er nok i strid med hva EU-kommisjonen ønsker med direktivet, men samtidig er de såpass generelt formulert at de er lite bindende.

Her er noen eksempler:
- mulighetene for å planlegge og kontrollere de offentlige helsekostnadene må trygges
- norske prioriteringer mellom pasientgrupper må ikke undergraves
- kvaliteten på helsetjenestene må sikres
- helsetilbudet i tynt befolkede områder må opprettholdes
- medlemsstatene må sjøl avgjøre hva som er passende og etisk forsvarlig behandling
- økt pasientmobilitet må ikke føre til større sosial ulikhet i tilgangen til helsetjenester
- det må ikke bli slik at bare de mest ressurssterke pasientene kan nyte godt av helsetjenester i utlandet
- kvinners helse og kvinnesjukdommer må gis tilstrekkelig oppmerksomhet i forslaget fra EU-kommisjonen
- friheten til å yte helsetjenester og til å etablere seg i et annet land må ikke bety rett til å få offentlig støtte fra dette landet

Seniorrådgiver Jørn Petter Kvamme i Helse- og omsorgsdepartementet innrømmet overfor Nationen at reglene for fri flyt av tjenester setter grenser for norsk helsepolitikk: «Men vi vet ikke akkurat hva de grensene er. I departementet må vi spørre hva vi skal gjøre for at ESA ikke skal komme etter oss».

Erik Orskaug i Unio sier det slik:

> «Hvorvidt det legges opp til omkamper på områder som kan føre til sosial dumping av lønns- og arbeidsvilkår og en svekkelse av arbeidsrettens stilling i forbindelse med handel med helsetjenester eller nye regler om gjensidig godkjenning av ervervsmessige kvalifikasjoner, gjenstår å se.» (Erik Orskaug: «Tjenestedirektivet – en oversikt», Unio 31. januar 2007).

EU-kommisjonen har flere ganger utsatt fremleggelsen av et forslag til helsedirektiv – antakelig fordi det var for stor motstand fra enkelte regjeringer mot de perspektivene som ble trukket opp i diskusjonsnotatet. Kommisjonen har nå varslet at den vil legge frem et direktivforslag i juni.

Overfor disse regjeringene har EU-kommisjonen et sikkert trumfkort. Det er EF-domstolen. Denne domstolen har siste tiåret tvunget gjennom en rettstilstand på helseområdet på tvers av hva de fleste regjeringene har stått for.

Når EF-domstolen skyver det politiske demokratiet til side

EF-domstolen fastslo alt i 1979 at hvis legebehandling i en annen medlemsstat «var mer effektiv» enn den pasientens hjemland kunne tilby, skulle utgiftene til behandlingen refunderes som om behandlingen hadde foregått innenlands.

Dermed var det åpnet for fritt lege- og sjukehusvalg over hele EU – i en situasjon der få EU-land hadde en slik ordning innen sine egne grenser. Konsekvensen måtte bli at EU-statene – den gang var de 9 – raskest mulig måtte harmonisere ikke bare helseforsikringen, men også viktige deler av helsepolitikken. Ellers ville det forrykke all balanse mellom statene og undergrave styringen av den nasjonale helsepolitikken.

Men fritt valg over hele EU ble det ikke. Ikke da. Regjeringene gikk samstemmig inn for at de lovreglene som EF-domstolen baserte dommen på, måtte endres. I 1981 vedtok Ministerrådet – enstemmig – at nasjonale myndigheter kunne godkjenne legebehandling i andre EU-land bare hvis det var administrativt og medisinsk nødvendig – og bare hvis behandlingen var del av det nasjonale behandlingstilbudet. Dermed var helsepolitikken fortsatt et nasjonalt anliggende – i nesten tjue år.

Men i 1998 fikk EF-domstolen sjansen på nytt i forbindelse med en ny rettssak. Domstolen fastslo at EU-reglene om fri bevegelse av varer og tjenester også måtte legges til grunn for den nasjonale helsepolitikken, og nå kunne ikke regjeringene svare med lovendring. For nå valgte EF-domstolen å hente domspremissene fra EF-traktaten – i de grunnleggende prinsippene om fri bevegelse av varer og tjenester. Disse prinsippene kunne bare endres hvis alle regjeringene var enige om det – og det var de ikke lenger. De var blitt 15 i tallet, og det var stadig vanskeligere å mønstre full enighet.

Ti regjeringer engasjerte seg likevel og var enige om at sjukehusbehandling ikke var å oppfatte som en tjeneste av det slag som EF-traktatens artikkel 50 handler om, blant annet fordi det dreide seg om en gratistjeneste som det ikke var noe marked for. Dette var EF-domstolen ikke enig i. Den fastslo at alle helsetjenester faller inn under artikkel 50, og dermed under prinsippet om fri bevegelse.

Slik har det fortsatt. Med nye dommer i 2001 og i 2003 har EF-domstolen skritt for skritt tvunget fram en situasjon der EU-statene må finne fram til en stadig tettere samordning av den helsepolitikken de har ført – til nå hver i sitt land.

Hva er så koblingen til tjenestedirektivet?

Én kobling er åpenbar. Når tjenestedirektivet først er vedtatt, er faren stor for at prinsippene fra dette direktivet slår inn også på helsesektoren (se kapittel 8 om hvordan tjenestedirektivet skal brukes som modell for tjenester som er unntatt fra direktivet). Ved å ta helsesektoren ut av tjenestedirektivet håpet nok pådriverne bak direktivet at fagforeninger og brukerorganisasjoner fra denne sektoren ikke skulle gå tungt inn i kampen mot tjenestedirektivet. Det er viktig at det motsatte skjer i debatten om tjenestedirektivet her i Norge.

I EU har kampen mot tjenestedirektivet hatt betydning for hva slags helsedirektiv EU-kommisjonen kan se muligheter for å fremme. Hvis vi her i Norge kan få avvist tjenestedirektivet, vil det på tilsvarende måte sette stramme rammer for hva slags helsedirektiv som kan bli godtatt fra norsk side.

Kapittel 8

Konsekvenser for tjenester som er unntatt direktivet

Ved parlamentsbehandlingen i februar 2006 ble en del tjenestesektorer unntatt fra direktivet – enten fordi de reguleres av egne direktiv eller fordi EU-parlamentet ville holde dem utenfor direktivet. Men Ministerrådet vedtok mai 2006 at tjenestesektorer som energiforsyning, vannforsyning, post og utdannelse løpende skal vurderes opp imot tjenestedirektivet. Regler som hindrer konkurransen om å yte tjenester på tvers av grenser, skal vekk.

Tjenestedirektivets krav om full konkurranse om å yte grensekryssende tjenester, skal dermed gjelde også på områder som så langt har vært holdt utenfor direktivet. Det som ikke fanges av tjenestedirektivet slik det nå er vedtatt, skal inn i samme mal på andre måter. Denne forståelsen bekreftes av Finn Arnesen, professor ved Senter for Europarett.

> «Direktivet kan også tenkes å bli brukt, av så vel parter som domstoler, som argument for at løsninger som svarer til dem som er valgt i direktivet også skal legges til grunn utenfor direktivets nedslagsfelt» («Virkningen av at opprinnelseslandsprinsippet er tatt ut av tjenestedirektivet», en utredning bestilt av Nærings- og handelsdepartementet i forbindelse med høringen om tjenestedirektivet i 2006).

Tjenestedirektivet ble altså vedtatt i EU før en visste hva vedtaket ville bety for grunnleggende offentlige tjenester. Denne rekkefølgen var nok en forutsetning for å få direktivet vedtatt. Det bidro til å avvæpne motstanden mot direktivet fra fagforbund og organisasjoner som hevder interessene til brukerne av tjenester som er unntatt direktivet.

Utredningen til advokatfirmaet Hjort DA

Næringsdepartementet bestilte i desember 2007 en utredning om hvilken gjennomslagskraft vi kan vente at tjenestedirektivet vil ha på andre tjenester enn dem som direktivet i dag omfatter. Oppgaven ble gitt til advokatfirmaet Hjort DA. Her er noen punkter fra den utredningen som var ferdig 3. mars 2008 (Frode Elgesem og Ane Grimelid «Tjenestedirektivets gjennomslagskraft for andre tjenester enn dem som er omfattet av direktivet»).

Tjenester som ikke omfattes av direktivet, faller i to grupper:

1. Tjenester som reguleres av annen EU-lovgivning
2. Tjenester som reguleres av bestemmelsene om etableringsrett og fri bevegelighet av tjenester i EF-traktaten/EØS-avtalens hoveddel.

1. Tjenester som reguleres av annen EU-lovgivning:

Tjenestedirektivet skal, i henhold til artikkel 3.1, vike for andre EU-direktiver og forordninger som angår tjenesteyting. Utredningen til Hjort DA finner at «det er lite rom for å gi tjenestedirektivets løsninger gjennomslagskraft overfor utelatte tjenester som er dekket av annen sekundærlovgivning» (s. 4).

Det er åpenbart i strid med hva Ministerrådet vedtok i mai 2006, selv om dette vedtaket ikke er del av direktivteksten. Uten å henvise til dette vedtaket mener utrederne at direktivets politiske betydning «trolig vil kunne bli noe større» (s. 16):

> «... tjenestedirektivets karakter av harmoniseringsinstrument på tjenesteområdet (vil sannsynligvis) være en «inspirasjonskilde» det er vanskelig å komme utenom ved utformingen av annen lovgivning. Hensynet til sammenheng og kontinuitet i sekundærretten vil trolig også spille inn med ikke ubetydelig vekt» (s. 16).

Med andre ord: Et visst rom for gjennomslagskraft overfor utelatte tjenester er det likevel.

2. Tjenester som reguleres av bestemmelsene om etableringsrett og fri bevegelighet:

Her mener utrederne at situasjonen er «noe mer usikker»:

> «Direktivet går etter vårt syn noe lengre på enkelte punkter enn gjeldende rett i å begrense statenes adgang til å regulere. EF/EFTA-domstolens praksis tilsier at det ikke er utelukket at løsninger som er valgt i sekundærlovgivningen kan få betydning. Domstolene vil undersøke om det er grunnlag for å anta at tjenestedirektivets løsninger allerede følger av grunnleggende prinsipper og dermed er uttrykk for en kodifisering, eller om det etter en konkret vurdering ellers er grunnlag for analogier. Selv om vi i dag mener at det er lite rom for analogier fra tjenestedirektivet til utelatte tjenester, kan man ikke se bort fra at tjenestedirektivet vil kunne ha en viss liberaliserende virkning på områder som er unntatt fra direktivet» (s. 4).

Altså: En kan ikke se bort fra at tjenestedirektivet vil kunne ha en viss liberaliserende virkning på områder som er unntatt fra direktivet. Utredningen går ikke inn på hvilke tjenesteområder det kan gjelde eller hvilke former for liberalisering det kan dreie seg om.

Går direktivet utover gjeldende EU-rett?

Det har i debatten om tjenestedirektivet blitt framholdt at direktivet ikke gjør noe annet enn å lovfeste den rettstilstanden som allerede er skapt gjennom dommer i EF-domstolen. Utredningen til Elgesem og Grimelid trekker fram enkelte eksempler på at direktivet likevel går utover gjeldende EU-rett:

1. Kan bidra til en viss liberalisering av tjenestesektoren

Det mest generelle eksemplet uttrykkes slik i utredningen:

> «Bl.a. i lys av at tjenestedirektivets fortale selv gir uttrykk for at tjenestedirektivet «bygger på og kompletterer gældende fællesskabsret», kan det ikke utelukkes at tjenestedirektivets løsninger vil kunne påvirke tolkingen av tjenestebestemmelsene i EF-traktaten og EØS-avtalen, og dermed bidra til en viss liberalisering av tjenestesektoren gjennom fremtidig rettspraksis» (s. 24).

2. Langt færre hensyn enn i dag kan begrunne begrensninger for utenlandske tjenesteytere

Artikkel 16 er den sentrale artikkelen som regulerer forholdene for det som kalles «besøkende tjenesteytere». Artikkel 16.1.1 gir i prinsippet en tjenesteyter rett til å utføre tjenester uten hindringer i andre medlemsland. Artikkel 16.1.3 setter så grenser for hvordan statene kan begrense denne retten. Utredningen til Hjort DA viser til de begrensningene som ligger i kravene om ikke-forskjellsbehandling, nødvendighet og proporsjonalitet (se del 4) og kommenterer disse begrensningene slik:

> «Bestemmelsene medfører en begrensning i forhold til gjeldende traktatbasert rett. I henhold til EF-traktatens og EØS-avtalens bestemmelser om fri utveksling av tjenester, som fortolket av EF- og EFTA-domstolen, er det adgang til å innføre nasjonale regler som innebærer nasjonalitetsbasert forskjellsbehandling, både direkte og indirekte. Så lenge reglene kan forsvares i hensynet til enten den offentlige orden, sikkerhet eller folkehelsen, jf. EØS-avtalens artikkel 33 og EF-traktatens artikkel 46 (direkte diskriminering), eller øvrige tungtveiende hensyn (indirekte diskriminering), gjelder det ikke noe absolutt forbud tilsvarende det som stilles opp i direktivets artikkel 16(1) tredje ledd bokstav a).

> Bestemmelsen innebærer en begrensning i forhold til læren om allmenne hensyn som grunnlag for nasjonale restriksjoner: Etter denne læren kan langt flere hensyn enn de som er nevnt i bokstav b) begrunne hindringer for utvekslingen av tjenesteytelser, så lenge de nasjonale tiltakene er såkalt nasjonalitetsnøytrale» (Hjort DA, s. 22).

3. EU-traktatens artikkel 43 kan heretter gripe inn mot rent interne forhold i en stat
I utredningen til advokatfirmaet Hjort DA står det at direktivets bestemmelser om fri etableringsrett (kapittel III) i all hovedsak sammenfaller med gjeldende rett. Likevel er det stilt spørsmål ved om adgangen til å gjøre tjenestevirksomhet konsesjonsbetinget, innebærer en begrensning i statenes rett til å regulere rent interne forhold. Problemstillingen kommenteres slik i utredningen:

> «Lest på denne måten medfører tjenestedirektivet dermed begrensninger også i etableringslandets, og ikke bare vertslandets, reguleringskompetanse. Dette innebærer i tilfelle en forskjell fra gjeldende rett, idet EF-domstolen en rekke ganger har fastslått at EF-traktatens artikkel 43 (i likhet med reglene om fri bevegelighet av tjenester) ikke kommer til anvendelse på rent interne forhold i en medlemsstat» (s. 21).

4. Det omfattende regelverket om forenkling og prosesser
De aller fleste artiklene i tjenestedirektivet dreier seg om alt som skal gjøre det enklere for tjenesteytere å etablere seg i et annet land og å yte grensekryssende tjenester. Mye av dette regelverket endrer rettstilstanden mellom tjenesteytere og statene. Det er derfor direktivet kan føre til at handelen med tjenester på tvers av grenser vil øke.

Eksempler på sektorer unntatt fra tjenestedirektivet

1. Vannforsyning
EU-kommisjonen har valgt vannforsyning som et område som skal liberaliseres («Internal Market Priorities 2003-2006», EU-kommisjonen, mai 2003). Ett av argumentene er at det er så stor prisforskjell på vannforsyningen rundt om i EU. Det tar Kommisjonen som tegn på at det er for lite konkurranse, som igjen skyldes at vann forsynes gjennom lokale monopoler. At disse lokale monopolene kan være organisert slik at den er styrt av lokalsamfunnet, har ingen betydning for EU-kommisjonen (David Hall: «EC Internal Market Strategy – Implications for Water and other Public Services», PSIRU, mai 2003).

EU-kommisjonen har ikke nådd fram med denne liberaliseringen. I januar 2004 stemte EU-parlamentet ned et forslag om å liberalisere vannforsyningen. I lys av vedtaket til Ministerrådet i mai 2006 kan tjenestedirektivet brukes som norm – og dermed som brekkstang – for skrittvis liberalisering av vannforsyningen.

Leo Grünfeld og Gjermund Grimsby i Menon Business Economics utredet «Norsk økonomi og EUs tjenestedirektiv» på oppdrag av Nærings- og handelsdepartementet. Her konkluderer de med at vann- og avløpstjenester er en del av EUs tjenestedirektiv (s 14). Hvis vann- og avløp er omfattet av tjenestedirektivet betyr det at denne sektoren ikke kan forbeholdes nasjonale aktører, men må være åpen for alle aktører innen EØS-området.

2. Strømforsyning
Strømforsyningen er i prinsippet liberalisert (direktiv 2003/54/EF), men gjennomføringen er ikke slik som EU-kommisjonen ønsker fordi mange regjeringer holder igjen, blant annet både den franske og den tyske. Direktivet som (av)regulerer strømforsyningen gir regjeringene visse muligheter til å pålegge strømleverandørene forpliktelser som forsyningssikkerhet og «rimelige priser» (direktivets art. 3.3). Det forhindrer ikke at prisene har steget mye kraftigere for husholdninger enn for næringslivet.

Denne nasjonale handlefriheten går utover det som tjenestedirektivet ville ha tillatt. Slik er det også for elektroniske kommunikasjonstjenester. Hvis tjenestedirektivet etter hvert blir normen også for lovgivningen på disse områdene, betyr det en klart innsnevring av den nasjonale handlefriheten.

3. Helsetjenestene
Tjenestedirektivet kan også føre til økt markedsretting av det offentlige helsetilbudet (se kapittel 7).

Kapittel 9

Hva er igjen av opprinnelseslandsprinsippet?

Mange grunnleggende forhold ved tjenestedirektivet er uavklarte og omstridte. Det hevdes for eksempel av forkjemperne for direktivet at det såkalte «opprinnelseslandsprinsippet» ble tatt ut av direktivet ved det kompromisset som EU-parlamentet kom fram til i februar 2006.

Dette prinsippet innebærer at et selskap som yter tjenester i andre land, skal – med unntak for helse, miljø og sikkerhet – følge regelverket i det landet der selskapet er registrert og ikke i det landet der tjenestene ytes. Kontrollen med at regelverket følges, skal også utføres av det landet der selskapet er registrert.

Dette prinsippet ble uttrykt slik i EU-kommisjonens opprinnelige forslag til direktiv:

> «Medlemsstaterne påser, at tjenesteydere udelukkende er omfattet af deres oprindelsesmedlemsstaters nationale bestemmelser hvad angår det koordinerende område» (Art. 16(1)).
>
> «Oprindelsesmedlemsstaten har ansvaret for kontrollen med tjenesteyderen og de tjenesteydelser, han udfører, også når han udfører dem i en anden medlemsstat» (Art. 16(3)).

I fortalen til direktivet sto det:

> «For at sikre, at den frie udveksling af tjenesteydelser fungerer effektivt, og give tjenesteydere og tjenestemodtagere sikkerhed for, at de kan udføre og modtage uavhengig af grænser, bør der fastsættes det princip, at en tjenesteyder kun er omfattet af lovgivningen i det land, hvor den pågældende er etableret»
> (Betragtning 37).

Dette opprinnelseslandsprinsippet fins ikke lenger som ord i det vedtatte direktivet. Men det er høyst omstridt om det virkelig er vekk. Astrid Lulling, Luxemburg, medlem av EPP-ED, den store sentrum-høyre-gruppa i EU-parlamentet, oppsummerte kompromissvedtaket i EU-parlamentet slik etter voteringen 16. februar 2006: «Opprinnelseslandsprinsippet er essensielt. Forhandlerne fra min gruppe forsikrer at den nye formuleringen er identisk med dette prinsippet. Men forhandlerne for sosialdemokratene sier at de lyktes å bli kvitt det».

Samme oppfatning ga Malcolm Harcourt, lederen for EPP, den største gruppa i EU-parlamentet, uttrykk for i en pressemelding 14. februar 2006: «Hva angår artikkel 16 (om opprinnelseslandsprinsippet) har vi ikke endret den i substansen».

Første versjon av artikkel 16 hadde overskriften «Opprinnelseslandsprinsippet». Etter kompromissvedtaket i EU-parlamentet er overskriften: «Fri utveksling av tjenesteytelser» (i den danske oversettelsen) eller «Frihet til å yte tjenester» (i den norske oversettelsen).

I det endelige vedtaket har artikkel 16 fått en helt ny form. Opprinnelseslandsprinsippet fins ikke som ord nedover i teksten heller. Det er erstattet av en lang, ny lovparagraf, artikkel 16, som forteller hvilke krav medlemslandene kan stille til en tjenesteyter fra utlandet – og hvilke de ikke kan stille.

Innholdet i artikkel 16

> «Medlemsstatene respekterer tjenesteyteres rett til å utføre tjenesteytelser i en annen medlemsstat enn den de er etablert i. Den medlemsstat hvor tjenesteytelsen leveres, sikrer fri adgang til å oppta eller utøve tjenestevirksomhet på statens område» (Art. 16.1).

Videre står det i samme artikkel at medlemsstatene ikke kan stille krav som bryter følgende prinsipper:

a) Kravene må ikke diskriminere direkte eller indirekte på grunnlag av nasjonalitet eller, for juridiske personers vedkommende, på grunnlag av den medlemsstat der de er etablert (prinsippet om ikke-diskriminering)
b) Kravene skal være begrunnet i hensynet til offentlig orden, offentlig sikkerhet, folkehelse eller beskyttelsen av miljøet (prinsippet om nødvendighet)
c) Kravene skal sikre at det tilsiktede målet oppfylles og må ikke gå ut over det som er nødvendig for å nå dette målet (prinsippet om proporsjonalitet)

Her fins det juristmat i store mengder, særlig i de to siste punktene. En stat som begrenser tjenesteyting fra andre land ut fra hensyn til offentlig orden eller miljøvern, må greie å overbevise juristene i EU-kommisjonen og dommerne i EF-domstolen om at hensikten på ingen måte er å verne egne tjenesteytere mot konkurranse fra utlandet. Mens kravet om proporsjonalitet innebærer at en ikke av sosiale eller andre hensyn kan begrense tjenesteyting fra andre land hvis slike hensyn kan ivaretas på andre måter enn ved å hindre «flyten av tjenester» over grensene.

Opprinnelseslandsprinsippet gjelder fortsatt – med de unntak som gis i artikkel 16 og 17

Artikkel 16 fastslår med andre ord at vertslandet ikke kan pålegge utenlandske tjenesteytere andre krav enn de som kan begrunnes av ett av de fire forholdene som nevnes i artikkel 16.1 og som gjentas i artikkel 16.3, altså hensynet til offentlig orden, offentlig sikkerhet, folkehelse og miljøvern. I tillegg må ethvert krav være i samsvar med prinsippene om ikke-diskriminering, nødvendighet og proporsjonalitet.

EU-kommisjonen forklarer hvordan dette skal forstås:

> «Som følge heraf vil tjenesteyderne vide, at de ikke er underlagt lovgivningen i modtagermedlemsstaten, undtagen når dens anvendelse er begrundet i et af de fire forhold, der er fastlagt i artikel 16, stk. 1 og 3, (eller den pågældende lovgivning er omfattet af en af undtagelserne i artikel 17)» (Håndbog i gennemførelsen af tjenesteydelsesdirektivet – «servicedirektivet» EU-kommisjonen 2007, s. 48).

Med andre ord: Utenlandske tjenesteytere kan stole på at det er opprinnelseslandsprinsippet som gjelder med de unntak som er gitt i artikkel 16.1, 16.3 og 17.

Betraktninger som er tatt vekk

Det var derfor ikke en intetsigende presisering når det i den versjonen av direktivet som ble vedtatt av EU-parlamentet i februar 2006, sto følgende i fortalen til direktivet:

> «For at sikre, at den frie udveksling af tjenesteydelser fungerer effektivt, og give tjenesteydere og tjenestemodtagere sikkerhed for, at de kan udføre og modtage uavhengig af grænserne, er det nødvendig at gøre det klart, i hvilken udstrækning tjenesteydere omfattes af lovgivningen i den medlemsstat, hvor de er etableret, og i hvilken udstrækning lovgivningen i den medlemsstat, hvor tjenesteydelsen udføres, gælder» (Betragtning 37).

I fortalen til direktivet sto det også at «det bør innføres en velavveid kombinasjon av foranstaltninger som omfatter målrettet harmonisering, administrativt samarbeid, anvendelse av opprinnelseslandets bestemmelser og oppmuntring til å utarbeide atferdskodekser på bestemte områder» (Betragtning 6).

Begge disse avsnittene innebar at realiteten ved opprinnelsesprinsippet delvis var opprettholdt i kompromissvedtaket til EU-parlamentet. Men begge betraktningene ble strøket da EU-kommisjonen gjorde sine endringer i direktivet i april 2006, og de er ikke kommet inn igjen i det endelige vedtaket fra desember 2006. Det er heller ikke kommet noen autoritativ avklaring av «i hvilken udstrækning tjenesteydere omfattes af lovgivningen i den medlemsstat, hvor de er etableret, etableret, og i hvilken udstrækning lovgivningen i den medlemsstat, hvor tjenesteydelsen udføres, gælder» – verken før eller etter det endelige vedtaket av direktivet.

Hvem skal kontrollere?

Dette opprinnelseslandsprinsippet er nå pakket inn i et juridisk villnis der vertslandet og opphavslandet skal dele kontrollansvaret uten at det er særlig klart hvilket regelverk som skal legges til grunn eller hvem som skal kontrollere hva.

Artiklene 29-31 gjør det svært uklart om kontrollen med utenlandske tjenesteytere skal ivaretas av vertslandet eller av opprinnelseslandet (i direktivet kalt «etableringsstaten»). Av artikkel 29 framgår det at Norge kan be om at opprinnelseslandet foretar kontroller m.m., og da skal myndighetene i dette landet melde tilbake hva resultatet av kontrollen har vært og om hvilke tiltak som er truffet:

> «Etableringsstaten skal foreta de kontroller, inspeksjoner og undersøkelser som en annen medlemsstat anmoder om og underrette denne om resultatene og eventuelt om hvilke tiltak som er truffet» (Art. 29.2).

Artikkel 31 fastslår at «vertslandet» likevel kan kontrollere utenlandske tjenesteytere innen rammen av de krav som er tillatt i artikkel 16 og 17:

> «Når det gjelder nasjonale krav som kan pålegges i henhold til artikkel 16 eller artikkel 17, er medlemsstaten der tjenesteytingen skjer, ansvarlig for tilsyn med yterens virksomhet på medlemsstatens territorium» (Art. 31.1).

Vertslandet kan altså kontrollere at tjenesteyteren retter seg etter krav som er stilt ut fra «hensynet til offentlig orden, offentlig sikkerhet, folkehelsen eller vern av miljøet» – hvis kravene ikke bryter prinsippene om ikke-diskriminering, nødvendighet og proporsjonalitet. Innen disse begrensningene, som er stramme nok (se her del 4), gjelder altså et vertslandsprinsipp. Men for alle andre krav gjelder artikkel 30. Den fastslår at det er «opprinnelseslandet» som skal føre tilsyn med tjenesteytere som yter tjenester i andre land, og da er det lovgivningen i opprinnelseslandet som skal følges. Da «skal etableringsstaten sikre at det føres tilsyn med at disse kravene overholdes i overensstemmelse med de tilsynsfullmakter som er nedfelt i nasjonal lovgivning, særlig ved tilsynstiltak på etableringsstedet til yteren» (Art. 30.1).

Opprinnelseslandet er likevel ikke «forpliktet til å utføre faktiske undersøkelser og kontroller på territoriet til den medlemsstat der tjenesteytingen skjer». Det er myndighetene i vertslandet som skal gjennomføre kontrollen med «faktiske undersøkelser og kontroller» (Art. 30.3).

Mange ubesvarte spørsmål

Siden de kontrollene det her er snakk om, skal skje «i overensstemmelse med de tilsynsfullmakter som er nedfelt i nasjonal lovgivning», det vil si i lovgivningen til etableringsstaten,

vil ikke dette bety at norske myndigheter må være forberedt på å gjennomføre «faktiske undersøkelser og kontroller» på basis av lovverket til 29 ulike EU/EØS-land? Hvilke ekstra ressurser må norske tilsynsmyndigheter i så fall tilføres for å gjennomføre slike kontroller?

Dette kan bety at det utvikler seg 30 lovstandarder. Det er den danske regjeringen inne på i et notat til Folketinget:

> «I det omfang lovgivningen omfattes af artikel 16, vil der i særlovgivningen skulle indsættes undtagelsesbestemmelser, som fritager tjenesteydere fra andre medlemsstater, der udøver en midlertidig tjenesteydelse i Danmark. Retstilstanden fastholdes overfor tjenesteydere, som er etableret her i landet» («Grundnotat til Folketingets Europautvalg – om servicedirektivet», 15. mai 2006, s. 23).

Ingen av utredningene som ble bestilt av Nærings- og handelsdepartementet, vurderer faren for at det kan friste tjenesteytere, norske så vel som utenlandske, til å opprette og registrere selskap i land med svakt regelverk og ressurssvake tilsynsmyndigheter.

Spørsmålene er mange, og verken fra departementets side eller i de utredningene som ble bestilt av departementet, gis det noen svar.

Mye å undre seg over

I artikkel 31.3 står det:

> «På anmodning fra etableringsstaten skal vedkommende myndigheter i den medlemsstat der tjenesteytingen skjer, utføre alle kontroller, inspeksjoner og undersøkelser som er nødvendig for å sikre at etableringsstaten kan føre et effektivt tilsyn.»

Ut fra teksten i artiklene 29-31 er det umulig å være sikker på hvilket regelverk, etableringsstatens eller vertslandets, som skal legges til grunn for de kontrollene, inspeksjonene og undersøkelsene som omtales i artikkel 31.3. Men i og med at det forutsettes en anmodning fra etableringsstaten, er det mest naturlig å forstå det slik at det er regelverket til etableringsstaten som skal legges til grunn. Ingen av utredningene er til hjelp for å finne ut om det er en riktig forståelse. Noen avklaring fra EU-kommisjonen er ikke gitt, og vil kanskje heller ikke bli gitt i denne omgang. Men avklaringen vil nok komme før eller senere – enten fra EU-kommisjonen eller fra EF-domstolen.

Tjenestedirektivet er altså på ingen måte kjemisk fritt for opprinnelseslandsprinsippet. At det i en del sammenhenger ligger rett under overflaten, framgår bl.a. av artikkel 18 der det står:

> «Som unntak fra artikkel 16, og kun under ekstraordinære omstendigheter, kan en medlemsstat, med hensyn til en tjenesteyter som er etablert i en annen medlemsstat, treffe tiltak knyttet til tjenestesikkerhet» (Art. 18.1).

Det gjelder for eksempel miljøkontrollen:

> «F.eks. er en tjenesteyder måske allerede underlagt miljørevision i sin etableringsmedlemsstat med hensyn til virksomhedens miljømæssige sundhed, og værtsstatens arbejdsmetoder og krav må ikke overlappe dette arbejde» (Håndbog i gennemførelsen af tjenesteydelsesdirektivet – «servicedirektivet», EU-kommisjonen 2007, s. 51).

Det skal i hvert fall være tungvint å kontrollere utenlandske tjenesteytere:

> «Proceduremæssigt må modtagermedlemsstaten kun træffe foranstaltninger på egen hånd efter at have anmodet tjenesteyderens etableringsmedlemsstat om bistand og efter at have opfyldt de formaliteter, der er fastlagt i artikel 35, stk. 2-6, herunder pligten til at meddele etableringsmedlemsstaten og Kommissionen, at den har til hensigt at træffe foranstaltninger, og hvilke begrundelser den har for det»
> (Håndbog ..., EU-kommisjonen 2007, s. 58).

Forordning om lovvalg

Når det inngås kontrakter på tvers av grenser, oppstår det behov for det som kalles «lovvalg»: Hvilket lands lov skal gjelde hvis partene havner i en rettstvist? Slike lovvalg har EU til nå regulert i konvensjonen kalt «Roma I-konvensjonen» av 1980. Den sier at hvis partene ikke er enige om hvilket lands lov som skal gjelde, så gjelder loven i det landet der virksomheten hører hjemme – altså i samsvar med opprinnelseslandsprinsippet.

Denne konvensjonen skal nå lovfestes gjennom en forordning. Forslaget til forordning ble lagt fram i april 2006. (KOM (2005) 650). Om tjenesteytelser står det i forslaget til forordning: dersom partene i en kontrakt ikke har gjort avtale om noe annet, er «tjenesteytelsesavtaler... underlagt loven i det land hvor tjenesteyteren har sitt vanlige oppholdssted» (Art. 4.1d).

Dette forslaget ble godkjent av EU-parlamentet 29. november 2007 etter en kort debatt og uten særlig oppmerksomhet. Siden tjenestedirektivet skal vike for annen EU-lovgivning som har betydning for tjenester (se art. 3.1), kan dette bety at opprinnelseslandsprinsippet er kommet inn bakveien uten noe som helst oppstyr.

Forordningen gjør et unntak for utstasjoneringsdirektivet (betraktning 11 og art 22(a)), slik at opprinnelseslandsprinsippet dermed ikke gjelder for de lønns- og arbeidsvilkår som utstasjoneringsdirektivet gir vertslandet anledning til å fastlegge og kontrollere. Men for alle tjenester som angår brukere og forbrukere vil det ikke være norske regler som gjelder hvis tjenestene er kjøpt i et annet land.

En utvikling over tid

EF-traktaten inneholder i artikkel 50 et slags vertslandsprinsipp: «Med forbehold for bestemmelsene i kapitlet om etableringsretten kan tjenesteyteren midlertidig utøve sin virksomhet i det land hvor ytelsen presteres på samme vilkår som det pågjeldende land fastsetter for sine egne statsborgere».

Men det er lenge siden EF-domstolen har tolket denne artikkelen som et vertslandsprinsipp. I 1979 falt den såkalte Cassis de Dijon-dommen. Den fastslo at en vare som kan produseres og selges lovlig i ett medlemsland, kan også selges i alle andre medlemsland. Det er altså regelverket i det landet der varen har sin opprinnelse, som avgjør om varen kan selges.

Etter hvert begynte denne dommen å smitte over på dommer også om salg av tjenester mellom medlemsstatene. I 1990 ble dette endelig fastslått ved den såkalte Säger-dommen (C-76/90):

> Etter denne dommen ble rettstilstanden den at en tjeneste som kunne leveres i ett EU-land også kunne leveres i alle andre. Der hvor søkelyset tidligere var rettet mot «diskriminering på bakgrunn av nasjonalitet», ble det fra da av rettet mot «hindringer mot å levere tjenesteytelser». Enhver regel som kunne gjøre det dyrere for en utenlandsk tjenesteyter å levere en tjeneste enn for en utenlandsk, kunne være i strid med traktaten (Hjalte Rasmussen: «EU-ret i kontekst», 1998, s. 186).

Dette betyr at det er stor fare for at EF-domstolen vil tolke villniset av forbud og vilkår i tjenestedirektivets artikkel 16 mest mulig i samsvar med det opprinnelseslandsprinsipp som domstolen har lagt til grunn for handel med tjenester siden dommen i 1990.

Avslutning

På oppdrag fra Nærings- og handelsdepartementet ble professor Finn Arnesen ved Senter for Europarett bedt om utrede «Virkningen av at opprinnelseslandsprinsippet er tatt ut av tjenestedirektivet».[5)]

Konklusjonen til Finn Arnesen er at «forskjellen mellom førsteforslag og aprilforslag for så vidt gjelder skiftet fra opprinnelseslandprinsipp til tjenesteytelsesrett i det alt vesentlige er av konseptuel karakter. Det området der skiftet også har praktisk betydning, er i forhold til vertsstatens mulighet til å håndheve sine krav i forhold til besøkende tjenesteytere. Gjennomgangen vil imidlertid vise at det er tvilsomt om det er adgang til å stille noen særlige krav utover dem som følger uttrykkelig av direktivet, slik at det kan virke som endringen er av mer kosmetisk enn praktisk betydning» (s 18).

Det er derfor ytterst tvilsomt om opphavslandsprinsippet virkelig er fjernet fra direktivet.

Utrederne Elgesem og Grimelund har samme oppfatning. «Det er grunn til å understreke at skiftet fra opprinnelseslandsprinipp til «tjenesteytelsesrett» i direktivets artikkel 16 i det alt vesentlige var av konseptuel karakter» (Hjort DA 2008, s. 13).

Det er derfor svært utilfredsstillende at ingen av de utredningene som Nærings- og handelsdepartementet bestilte, går inn på hva de nye formuleringene i artikkel 16 vil bety i praksis for kontrollen med utenlandsk tjenesteyting i Norge. Hvilken kontroll kan videreføres? Hvilken kan ikke videreføres?

The answer, my friend, is blowing in the wind ...

5) http://www.regjeringen.no/upload/kilde/nhd/rap/2005/0021/ddd/pdfv/290727-proffinnarnesen-tjenestedirektivet-2006.pdf

Kapittel 10

Det grunnleggende problemet for offentlige tjenester

For EUs utvikling er det et grunnleggende problem at det er reglene for det indre markedet som avgjør hvordan offentlige ytelser skal utformes og tilbys borgerne. Omfang og innretning av de offentlige tjenestene definerer både om det fins et velferdssamfunn, hvor godt utviklet det er, og i hvilken grad tjenestene er rettigheter for landets borgere.

I et velferdssamfunn der grunnleggende offentlige tjenester er å oppfatte som rettigheter, er borgeren ikke bare en bruker eller en forbruker av offentlige tjenester, men også en medeier som bør ha medbestemmelse over omfang og innretning av de samme tjenestene. I den grad tjenestedirektivet griper inn mot offentlige tjenester, gjør det derimot borgeren til kunde. Tjenestedirektivet påbyr verken konkurranseutsetting eller privatisering. Men direktivet vil likevel systematisk legge forholdene til rette for mer kommersialiserte offentlige tjenester.

Dette har sammenheng med en ideologisk forestilling om at offentlige tjenester kan leveres billigst av private leverandører. Om konkurransen fører til bedre kvalitet eller til en mer rettferdig eller solidarisk fordeling av ytelsene, fins det få spor av i direktivteksten – og heller ikke i begrunnelsene for direktivet.

Alle EU-traktater fra og med Roma-traktaten av 1957 har hatt «fri bevegelse av tjenester» som ett av sine grunnprinsipp. Dette ble lenge forstått som et forbud mot alle nasjonale regler som direkte diskriminerer utenlandske tjenesteytere i forhold til innenlandske. Etter en dom i 1990 er rettstilstanden i prinsippet blitt langt mer krevende: Alle regler og ordninger som reelt eller potensielt gjør det vanskeligere for utenlandske tjenesteytere å konkurrere på like vilkår med innenlandske, skal vekk Mange av disse ordningene har først og fremst hatt til hensikt å regulere forholdet mellom innenlandske tjenesteytere, ofte ut fra sosiale hensyn som det har vært stor enighet om i samfunnet. Men nå stilles det gjennom tjenestedirektivet krav om å vurdere alle slike ordninger på nytt, og utelukkende ut fra om de gjør det vanskeligere for utenlandske tjenesteytere å konkurrere.

Hjelmeng, Jensen, Elgesem og Grimelid ser farene, men overser dem når det konkluderes

Når Erling Hjelmeng og Bjarne Jensen konkluderer med at tjenestedirektivet får liten betydning for offentlige tjenester, er det en konklusjon som bare har mening som et «juridisk øyeblikksbilde» av den aktuelle rettstilstanden omkring offentlige tjenester.

Dette øyeblikksbildet ser fullstendig bort fra at EU-systemet drives framover av en dynamikk som stadig endrer rettstilstanden i markedsliberal retning for mange tjenester som har vært offentlige i alle land i EU og EØS. De ser bort fra at for dem som har vært de sterkeste pådriverne for et tjenestedirektiv, er direktivet bare en etappe på veien mot en stadig mer liberalisert samfunnsorden.

Bjarne Jensen erkjenner at slik kan det gå:

> «Riktignok utfordres en slik forståelse (at direktivet ikke vil få store konsekvenser for offentlig sektor, vårt innskudd) av stadig press fra ulike interesser og aktører om å konvertere offentlige oppgaver til mer markeds – og forretningsbaserte løsninger ved bruk av bestiller – utfører modeller, konkurranseutsetting eller privatisering av produksjo-

> nen av de offentlige oppgaver, overføring av offentlige virksomheter til privatrettslige selskaper som aksjeselskaper og også ren privatisering av offentlige oppgaver. Men det er nettopp slike metoder Tjenestedirektivet vil utløse dersom det ble gjort gjeldende for offentlige oppgaver. Det betyr at slike løsninger kan bli tatt i bruk uavhengig av om oppgavene i dag er underlagt Tjenestedirektivet eller ikke» (Jensen 2008, s. 5).

Det er nettopp slike metoder tjenestedirektivet vil kunne utløse. Derfor vil «slike løsninger» lettere tas i bruk når tjenestedirektivet er på plass – og nettopp ikke uavhengig av tjenestedirektivet.

EF- og EFTA-domstolen skaper ny rett

EFTA-domstolen, altså domstolsorganet for EØS, kan påkalles om det ikke er opplagt hvor skillet går:

> «Uklare rettsregler om hva som er offentlig virksomhet vil kunne åpne for at avgjørelser om ikke – økonomiske tjenester av allmenn interesse og tjenester av allmenn økonomisk interesse i større grad blir gjenstand for behandling i EFTA-domstolen» (Jensen 2008, s. 6).

En tredje utredning, den til Frode Elgesem og Ane Grimelid fra advokatfirmaet Hjort DA, beskriver denne dynamikken slik:

> «Den domstolsskapte retten, vil – sammen med den fremtidige utviklingen i EF-domstolens rettspraksis – være sentrale premisser for fastleggelsen av innholdet av EØS-avtalen og de rettsakter som inkorporeres i denne» (s. 8).

Tjenestedirektivet er en slik rettsakt.

En grunn til at så mye av EU-retten skapes av EF-domstolen, er at språket i EU-traktatene sjelden er særlig presist:

> «Ordlyden vil gjennomgående være det sentrale utgangspunkt. Når det særlig gjelder avtalens hoveddel vil imidlertid ordlyden ofte gi liten veiledning, og dermed gi rom for domstolsskapt rett.» (Hjort DA 2008, s. 8).

EU-kommisjonen og EF-domstolen som liberaliserende pådrivere

To instanser bidrar til at EU systematisk begrenser handlingsrommet for offentlig sektor. Det er EU-kommisjonen og EF-domstolen.

Etter at prosjektet med det såkalte «indre markedet» ble satt på beddingen med vedtaket av Enhetsakten i 1985, har EU-kommisjonen tatt initiativ til at sektor etter sektor er avregulert og liberalisert – og at de sektorene som fortsatt drives i offentlig regi, overvåkes stadig mer nærgående av EU-kommisjonen og EF-domstolen – her i Norge av ESA og EFTA-domstolen.

EU-kommisjonen har i all sin tid, og stadig mer målbevisst, vært en pådriver for liberalisering innad i EU. Det fins ingen eksempler på at EU-kommisjonen har tatt initiativ til endringer i motsatt retning. Og EU-kommisjonen har enerett på å fremme lovforslag i EU.

EF-domstolen har en liknende pådriverrolle. Denne domstolen har fra starten sett som sin overordnede forpliktelse å virkeliggjøre EU-traktatenes grunnprinsipper om fri bevegelse av varer, tjenester, kapital og arbeidskraft. Det fins riktignok eksempler på at domstolen i enkeltsaker har lagt vekt på andre hensyn (for eksempel miljø og arbeidsmiljø). Men den helt dominerende tendensen har vært i avregulerende og liberaliserende retning.

Gjennom EF-domstolens praksis er EF-traktaten i dag det mest dynamiske elementet i EU-systemet. Domstolen krever fullt gjennomslag for traktatens markedsfriheter på stadig nye

– og overraskende – samfunnsområder. EU-parlamentet og 27 regjeringer blir maktesløse vedheng når EF-domstolen slår til med EF-traktaten i ryggen. Det viser dommene innen helsesektoren bedre enn noe annet (se kapittel 7 om helsepolitikk). For traktaten kan bare endres hvis alle regjeringene er enige om det.

Konklusjon:

Tjenestedirektivet er – også til EU-direktiv å være – et usedvanlig ugjennomtrengelig dokument, et dokument som gjennom langvarig tautrekking innad i EU er formulert vekk fra den krystallklare markedsliberalismen det opprinnelig målbar. De samfunnsmessige konsekvensene blir først synlige når EF-domstolen fastslår hvordan direktivet må forstås hvis det skal bidra til friest mulig konkurranse om å yte tjenester på tvers av grensene.

Slike avklaringer av hva EU-lover egentlig betyr, har vært EF-domstolens varemerke på en måte som savner sidestykke i alle europeiske land. Ingen nasjonal domstol kan like suverent og uopprettelig bestemme hvordan forholdene i arbeids- og næringsliv skal utvikle seg.

Det som politikerne ikke makter – eller ikke våger – å avklare, det avklares av dommerne i EF-domstolen. Politikerne som stiftet EU, våget ikke traktatfeste at enhver EU-lov har forrang foran enhver nasjonal lov, også foran de nasjonale grunnlovene. Men slik måtte det være, fastslo EF-domstolen for at målet om «en stadig tettere union», det målet som står først i EU-traktaten, skulle kunne virkeliggjøres.

Det er heller aldri vedtatt av statssjefer eller statsråder fra EUs medlemsland at enhver vare som er godkjent for salg i ett EU-land, skal kunne selges i ethvert annet EU-land. Det prinsippet kom på plass gjennom en dom i EF-domstolen i 1979 – fordi domstolen fant ut at det måtte være noe slikt EUs stiftere hadde ment den gang de vedtok at det skulle være «friest mulig flyt av varer» innad i EU.

Det er derfor all mulig grunn til å vente at det blir EF-domstolen som nå skal brøyte vei fram til «friest mulig flyt av tjenester» gjennom det villnis av uklarhet som teksten i tjenestedirektivet preges av.

Det er ingen grunn til å tro at de liberaliserende pådriverrollene til EU-kommisjonen og EF-domstolen er vekk i og med innføringen av tjenestedirektivet. Derfor er det heller ingen grunn til å tro at EU med dette direktivet er kommet til veis ende som liberaliserings-prosjekt.

En kan trygt regne med at EU-kommisjonen fortsatt vil ta initiativ til å begrense handlingsrommet for offentlig sektor, mens EF-domstolen som før vil overraske med nye dommer som bidrar til et enda klarere overherredømme for EF-traktatens markedsfriheter.

Kapittel 11:
Hva nå?

Rammedirektiv for offentlige tjenester?

Fra 1998 har DEFS og en rekke brukerorganisasjoner på det sosiale området krevd at EU vedtar et rammedirektiv om offentlige tjenester – og da et direktiv som gir slike tjenester en trygg plass i det samlede velferdstilbudet til befolkningen.

I en rapport fra den norske EU-delegasjonen fra april 2007 sies det:

> «Som foreløpig siste skritt i kampen for et rammedirektiv på SGI (tjenester av allmenn interesse), lanserte ETUC i november 2006 en underskriftskampanje for å få Kommisjonen til handle.
>
> ETUCs begrunnelse eller bekymring er at offentlige tjenester må styrkes og beskyttes slik at alle kan nyte godt av dem i fremtiden. Tjenester av allmenn interesse står i fare for å bli undergravd av liberalisering og privatisering og underkastes markedsregler, hevdes det. ETUC ber Kommisjonen komme med et forslag til rammedirektiv for alle offentlige tjenester av allmenn interesse slik at de beskyttes fra markedskreftene, slik at universell tilgang til tjenesten sikres og slik at hensynet til allmennheten går foran hensynet til profitt.
>
> Hensyn til allmennhetens interesse og at sosiale og samfunnsmessige målsettinger skal ha forrang for markedsprinsippet, er kjernepunktet i ETUCs argumentasjon. Dette sikres best gjennom «juridisk sikkerhet» altså et rammedirektiv som regulerer og definerer hvilke tjenester som ikke skal underkastes markedsprinsipper og konkurranseregler.»

Underskriftskampanjen til DEFS drives i nært samarbeid med EPSU (The European Federation of Public Services Unions), et forbund for offentlige ansatte med 8 millioner medlemmer i 36 land. Fra Norge er Fagforbundet, LO Stat, Norsk Tjenestemannslag, Fellesorganisasjonen for barnevernspedagoger, sosionomer og vernepleiere, Norsk Arbeidsmandsforbund, El & IT Forbundet, YS Stat, KFO og Sykepleierforbundet blant medlemsorganisasjonene i EPSU.

Høsten 2007 ble 510.000 underskrifter overlevert til presidenten for EU-kommisjonen. EU-parlamentet har også flere ganger krevd et slikt rammedirektiv for offentlige tjenester. Men i EU er det bare EU-kommisjonen som kan fremme lovforslag, og et slikt rammedirektiv har EU-kommisjonen avvist å fremme.

Hensikten er åpenbar: Først vil EU-kommisjonen ha et tjenestedirektiv som sikrer mest mulig konkurranse om å yte tjenester på tvers av grensene i EU basert på grunnprinsippene for det indre markedet. Så skal det følge en gjennomgang av om viktige offentlige tjenester er organisert i samsvar med dette direktivet. Dermed blir offentlige tjenester en restpost – og kan kanskje få et direktiv som forteller hva som er blitt igjen til offentlig sektor – en gang i framtida.

Rekkefølgen kunne vært motsatt: Først et rammedirektiv om hvordan det offentlige tjenestetilbudet skal være i europeiske velferdssamfunn – og så et regelverk for tjenester tilpasset dette rammedirektivet. Men da kunne sluttresultatet blitt helt annerledes. Det kunne ikke EU-kommisjonen ta sjansen på.

Den vil heller ha det slik:

> «I denne forbindelse skal det bemærkes, at der i henhold til EF-Domstolens retspraksis ikke findes økonomiske forhold (f.eks. beskyttelse af en bestemt kategori af økonomiske erhvervsdrivende, opretholdelse af en bestemt markedsstruktur osv.), der kan begrunde en begrænsning af de grundlæggende frihedsrettigheder på det indre marked, herunder etableringsfriheden» (Håndbog om gjennemførelsen av tjenesteydelsesdirektivet – «servicedirektivet», EU-kommisjonen 2007, s. 41).

Tjenestedirektivet skulle altså vedtas før en visste hva det kunne bety for grunnleggende offentlige tjenester. Denne rekkefølgen var nok en forutsetning for å få direktivet vedtatt. Det bidro til å avvæpne motstanden mot direktivet fra fagforbund og organisasjoner som hevder interessene til brukerne av offentlige tjenester.

EU-kommisjonen har god kontroll over framtida til direktivet

Det opprinnelige forslaget til tjenestedirektiv hadde så provoserende innhold at mange stridspunkt er skjøvet under teppet gjennom det kompromisset som EU-parlamentet samlet seg om i januar. Det betyr at de egentlige avklaringene vil tas av EF-domstolen, og den har som hovedoppgave å sikre en markedsliberal tolkning av EUs regelverk.

Men den daglige praksis har EU-kommisjonen full kontroll over. Da kan det bli skjebnesvangert at regjeringene i mai 2006 vedtok en prosedyre som sier at Kommisjonens tiltak for å gjennomføre tjenestedirektive kan regjeringene bare overprøve hvis det er kvalifisert flertall for det i Ministerrådet. Kvalifisert flertall betyr at minst rundt 72 prosent av stemmene i Ministerrådet må gå mot Kommisjonen.

EU-kommisjonen kan derfor nokså fritt bruke tjenestedirektivet til å «effektivisere» og «modernisere» offentlig sektor ved gradvis avregulering og kommersialisering. Det skal skje gjennom løpende «evalueringer» av om ulike offentlige tjenester og offentlige regelverk tåler å måles mot reglene i tjenestedirektivet.

I EU går kampen over i en ny fase

Det er på ingen måte nødvendig å overlate slike «evalueringer» til regjeringer, statsforvaltninger og EU-kommisjonen. Alle som kan rammes av tjenestedirektivet, kan også engasjere seg. Vedtaket av tjenestedirektivet avslutter ikke den politiske kampen om innholdet i direktivet. Kampen går bare over i en ny fase. Da blir det avgjørende at kritikerne av direktivet gjør de løpende «evalueringene» av direktivet til en kampplass (Haar s.43).

Det er naturligvis et problem at den folkelige motstanden mot direktivet langt på vei er lagt ned i mange EU-land. Det gjelder store deler av den europeiske fagbevegelsen, det gjelder de fleste sosialdemokratene, det gjelder motstanden fra mange forbrukermiljøer og brukerorganisasjoner på det sosiale området. De franske og belgiske sosialistene, EPSU og det store tyske bygningsarbeiderforbundet IG BAU er lysende unntak.

Kenneth Haar, den ledende danske kritikeren av tjenestedirektivet, plasserer bidraget fra dansk fagbevegelse til kampen mot tjenestedirektivet «et sted på skalaen mellom pinlig og skandaløs» (Haar s. 43). Men Vaxholm- og Rüffertdommene innebærer så skremmende angrep på den danske og svenske arbeidslivsmodellen at fagbevegelsen i disse landene kan få ny energi, også til å yte motstand mot hvordan tjenestedirektivet kan bli brukt av de markedsliberale pådriverne.

Det at grasrotmotstanden brøt sammen etter det godt markedsførte kompromisset i EU-parlamentet, er i seg selv en viktig grunn til å forsterke den demokratibaserte EU-kritikken. EU er et system som det er ekstra vanskelig å nå fram i for folkelige motstandsmiljøer. Men

det gjør ikke kampen mindre viktig – i denne omgangen den europeiske kampen om hvordan tjenestedirektivet skal gjennomføres og brukes.

En norsk reservasjon i EØS mot dette direktivet vil være et viktig symbol og en inspirasjon for kampen i andre europeiske land om å endre innholdet av tjenestedirektivet slik at det ikke like entydig som EU-kommisjonen skulle ønske, tvinger Europa i markedsliberal retning.

Kampen mot tjenestedirektivet kan også avgjøre hva slags helsedirektiv EU kan komme til å fremme (se kapittel 7) – og om våre sosiale tjenester skritt for skritt skal omfattes av regelverket til tjenestedirektivet (se kapittel 6). En norsk reservasjon mot tjenestedirektivet kan derfor få betydning langt utover Norges grenser. Innad i EU er ett slag tapt, men kampen mot at det markedsliberale favntaket skal omfatte stadig flere områder, er på ingen måte over.

Ingen hast i Norge

Den rødgrønne regjeringen har slått fast både i Soria Moria-erklæringen og i andre sammenhenger at det skal bli mer åpenhet og adgang til reell debatt om omstridte EØS-direktiv. I Stortingsmelding nr. 23 (2005-2006) – Om gjennomføring av Europapolitikken – står det:

> «Regjeringen vil bidra til at Stortinget gis et bredt informasjonsgrunnlag slik at innspill og vurderinger kan fremkomme på et tidlig tidspunkt og at relevant informasjon er tilgjengelig».

Det står også:

> «Alle bør få tilgang til kunnskap og innsikt som gjør det mulig å delta i de demokratiske prosessene».

Tjenestedirektivet er som lovtekst et omfattende og til dels svært ugjennomtrengelig dokument. Det er ikke enkelt å sette seg inn i – og det hevdes sterkt motstridende tolkninger både av enkeltartikler og av helheten i direktivet. Dette kommer klart fram av debatten både i Norge og internt i EU. Det hersker derfor fortsatt stor usikkerhet om hvordan direktivet vil gripe inn overfor norsk lovverk og norske forskrifter. I de foreløpige høringsuttalelser fra offentlige instanser, fagforbund og organisasjoner, fins det dusinvis av spørsmål som krever avklaring.

Det har derfor vært et minstekrav at regjeringen må legge fram en grundig vurdering av hvilke lover og/eller forskrifter som må endres hvis direktivet skal tas inn i norsk lov – og at den vurderer hvordan slike endringer påvirker norske samfunnsforhold positivt og negativt.

Det er heller ingen grunn til å forhaste seg. Tjenestedirektivet skal nå innpasses i lovverket i alle EU-land, og siden det er et direktiv og ikke en forordning, kan de velge å gjøre dette på ulike måter. Fristen for implementering i EU er 28.12.09. Det vil være særlig nyttig å vite hvordan våre nordiske naboland velger å innpasse direktivet i sine lovverk. Det kan også bli avgjørende for handlingsrommet innen tjenestedirektivet hvilke konsekvenser som trekkes av Vaxholm-og Rüffertdommene i Sverige og Danmark – og av EU-kommisjonen.

Det er heller ikke nytt at det kan gå lang tid fra et direktiv er vedtatt i EU og til regjeringen tar standpunkt til direktivet. De tre matsminkedirektivene, som Jagland-regjeringen tok standpunkt til høsten 2000, var vedtatt av EU i 1994 og 1995. Gassmarkedsdirektivet ble vedtatt i EU i juni 1998, mens regjeringens stortingsproposisjon om å ta direktivet inn i norsk lov først ble lagt fram i februar 2002. EUs lovverk om europeiske selskap (såkalte SE-selskap) var ferdigbehandlet i EU i oktober 2001, men ble lagt fram for Stortinget først høsten 2004.

Det beste ville derfor være om regjeringen valgte å utsette den endelige behandlingen av tjenestedirektivet inntil en ser hvordan direktivet implementeres i våre nordiske naboland og hvilke faktiske virkninger direktivet der har på situasjonen i arbeidslivet, på stillingen for offentlige tjenester og på kvaliteten av tjenestetilbudet både fra utenlandske og innenlandske tjenesteytere. Så uklar som direktivteksten på mange steder er, vil dette først bli avklart gjennom den praksis EU-kommisjonens velger å føre og gjennom dommer fra EF-domstolen.

Oppsummering

Tjenestedirektivet skal fremme handelen med tjenester på tvers av nasjonale grenser ved å fjerne «hindringer» for denne handelen.

De fleste slike «hindringer» er innført av nasjonalstatene for å ivareta hensyn til forbrukere, miljø, sikre sosiale rettigheter, rettigheter i arbeidslivet og til demokratiske beslutningsprosesser. EU-kommisjonen avfeide slike hensyn som skadelig proteksjonisme til tross for at få slike regler rettet seg spesielt mot tjenesteytere fra utlandet. De var innført for å regulere tjenesteyting generelt, men gjaldt naturligvis også for utenlandske tjenesteytere.

1. Hvordan tjenestedirektivet ble vedtatt i EU

I diskusjonene forut for kompromissvedtaket om tjenestedirektivet i EU-parlamentet i februar 2006 prøvde sosialdemokratene å få sosialpolitikk og forbrukervern inn som hensyn som kunne gi grunnlag for å stille krav til utenlandske tjenesteytere. Etter harde dragkamper ga de opp bare dager før avstemningen, siden høyreflertallet gjorde det til et vilkår for kompromisset at sosialpolitikk og forbrukervern ikke skulle regnes blant de anerkjente hensynene.

Gjennom kompromisset i EU-parlamentet var helse og de fleste sosiale tjenestene tatt ut av direktivet sammen med de fleste direkte henvisningene til opprinnelseslandsprinsippet. Men på alle disse tre punktene slo EU-kommisjonen i april 2006 til med «skadebegrensning». Helsepolitikken skulle liberaliseres gjennom et eget helsedirektiv (se kapittel 7). En melding om sosiale tjenester ga urovekkende varsler om at stadig flere sosiale tjenester etter hvert ville falle inn under tjenestedirektivet (se kapittel 6). Opprinnelsesprinsippet kommer inn bakveien ved at den såkalte Roma 1-konvensjonen om lovvalg skal inn i EU-lovgivningen (se kapittel 10).

Ministerrådet gjorde direktivet verre gjennom sitt vedtak i mai 2006:

- Unntatte sektorer var likevel ikke unntatt: EUs Ministerråd vedtok at sektorer som energiforsyning, vannforsyning, post og utdannelse løpende skal vurderes opp imot reglene tjenestedirektivet til tross for at det er tjenester som i utgangspunktet er unntatt direktivet (se kapittel 8).

- Alle sosiale tjenester kan ikke unntas: Parlamentet ville unnta alle sosiale tjenester, men det ville ikke Ministerrådet. Ministerrådet ville bare unnta «sosiale tjenesteytelser i forbindelse med sosial boligbygging, barnepass og støtte til familier og personer som har midlertidige eller permanente behov for det og som utføres av staten, av tjenesteytere med oppdrag fra staten eller av hjelpeorganisasjoner som er anerkjent av staten» (art. 2.2j).

- Arbeidsretten må respektere EU-retten: Parlamentskompromisset fra februar 2006 kunne leses som om tjenestedirektivet anerkjente nasjonal arbeidsrett – uten forbehold. Men Ministerrådet vedtok på møtet i mai et tillegg som sier at direktivet ikke griper inn mot nasjonal arbeidsrett «som respekterer Fellesskapets lovgivning». Dermed var den nasjonale arbeidsretten uttrykkelig og prinsipielt underordnet EU-retten.

Sosialdemokratene fremmet i september 2006 i forståelse med DEFS (Euro-LO) 11 endringsforslag for å holde arbeidsrett og sosiale tjenester unna rekkevidden til direktivet. Men sosialdemokratene fikk klar beskjed, både fra høyreflertallet i parlamentet og fra EU-kommisjo-

nen, om at kompromisset fra februar ville ryke dersom ikke endringsforslagene ble trukket (se kapittel 2).

2. Ingen lovfesting av hva offentlige tjenester skal være

Fra ulikt hold kom det krav om at EU ikke måtte vedta noe tjenestedirektiv før de offentlige tjenestene var sikret et trygt lovgrunnlag innenfor EUs eget regelverk. EU-kommisjonen valgte den motsatte rekkefølgen: først et tjenestedirektiv med uklar rekkevidde – og så noen vage løfter om et direktiv om offentlige tjenester. I EU er det bare EU-kommisjonen som kan fremme lovforslag, og det har den ikke gjort på dette området (se kapittel 10).

3. Krav til tjenesteytere bare hvis grunnleggende samfunnsinteresser trues reelt og alvorlig

Offentlig orden, offentlig sikkerhet, folkehelse og miljøvern, de såkalte «tvingende allmenne hensyn», er de eneste hensyn som kan begrunne krav til utenlandske tjenesteytere. Disse uttrykkene er, i følge EU-kommisjonen, alle blitt «tolket konsekvent i snever forstand» av EF-domstolen. Det må foreligge «en reell og alvorlig trussel mot en grunnleggende samfunnsinteresse» for at slike forhold skal tas i betraktning – og det er de medlemsstatene som påberoper seg slike hensyn, som har bevisbyrden. Det er EU-kommisjonen og EF-domstolen som i så fall må overbevises. Det fins derfor få eksempler på at EF-domstolen har godkjent at hensynet til offentlig orden har kunnet begrunne krav til tjenesteytere (se kapittel 3).

4. Den store forskjellen på EU-lov og norsk lov

Hvis en norsk lov har utilsiktede virkninger, kan den endres. I EU er det bare en teoretisk mulighet for at det kan skje. Overraskende dommer i EF-domstolen og nye tolkninger har nesten uten unntak sitt lovgrunnlag i markedsfrihetene til EU, de som har vært traktatfestet i femti år, og som bare kan endres hvis samtlige medlemsland er enige om det. Uvisshet om rettssituasjonen kan fort slå over i uro. På ett område har uroen vært særlig stor: Hvor trygge er de grunnleggende offentlige tjenestene? Kan de drives slik som parlamenter har vedtatt, og slik som regjeringer setter vedtakene ut i livet?

5. EF-domstolen avgjør hvilke tjenester som er offentlige nok til at de kan unntas direktivet

EU-kommisjonen har gang på gang slått fast at det ikke kan trekkes en klar grense mellom ikke-økonomiske tjenesteytelser (som ligger utenfor tjenestedirektivet) og tjenesteytelser av allmenn økonomisk interesse (som omfattes av direktivet). Medlemsstatene kan mene noe om hvor skillet går, men i siste instans vil det bli avgjort av EF-domstolen. Det er ekstra urovekkende siden EU-kommisjonen stadig fastslår at skillet ikke ligger fast. Og verre blir det når den forklarer at det «under alle omstendigheter [vil] være umulig for medlemsstatene å betrakte samtlige tjenesteytelser på et gitt område, f.eks. alle utdanningsytelser, som ikke-økonomiske tjenesteytelser av allmenn interesse».

6. Kjernen i norsk utdanning er unntatt direktivet – enn så lenge

Det er sannsynlig at kjernen i det norske utdanningssystemet, den som er regulert av Barnehageloven, Opplæringsloven, Friskoleloven og Universitets- og høgskoleloven ikke omfattes av tjenestedirektivet – slik rettstilstanden defineres i dag. Like klart er det at utdanning som i det vesentlige betales av elever/studenter/familie kan falle inn under direktivet. Det er størrelsen på det som betales i egenandeler, som har betydning for hva som kan unntas og hva som omfattes av direktivet. Hvor grensen går, er på ingen måte klart. EF-domstolen har også lagt vekt på om utdanningstjenesten er offentlig eller privat finansiert, og om den drives med profitt for øye.

7. Usikkert hvor definitivt utdanningstjenester er unntatt direktivet

Det er derfor stor usikkerhet om hvor definitivt utdanningstjenester er unntatt fra tjenestedirektivet. Det understrekes av at det var en kampvotering om utdanning da EU-parlamentet kom fram til sin kompromissløsning om direktivet i februar 2006. De to venstregruppene i EU-parlamentet, den sosialdemokratiske og den venstresosialistiske, foreslo at hele utdanningssektoren skulle ut av tjenestedirektivet. Det ble stemt ned av høyreflertallet i EU-parlamentet.

I praksis vil hver utdanningstjeneste bli vurdert ut fra om den i tilstrekkelig grad er en tjeneste av allmenn interesse – og ikke en tjeneste av allmenn økonomisk interesse. Siden EU-kommisjonen ikke vil avklare hvor skillet mellom disse to typene tjenester går, blir det opp til EF-domstolen å avgjøre spørsmålet sak for sak (se kapittel 5).

8. Modernisering gjør at stadig flere sosiale tjenester faller inn under EU-retten

Tre uker etter at EU-kommisjonen i april 2006 godtok kompromissløsningen i EU-parlamentet, la den fram en melding om «sosiale tjenester av allmenn interesse» med et foruroligende budskap. Meldingen starter med å fastslå at EUs medlemsland også på det sosiale området i stigende grad dels overfører offentlige oppgaver til private og dels inngår såkalt offentlig-privat samarbeid (OPS). Denne «moderniseringstendensen» fører til at en stadig større del av de sosiale tjenestene faller inn under EU-lovgivningen slik at «det er behov for å klargjøre hvordan en del EU-regler skal anvendes».

9. Nesten alle tjenester på det sosiale området kan regnes som økonomiske aktiviteter

EU-kommisjonens melding fra april 2006 fastslår at enhver aktivitet som innebærer å levere varer og tjenester til et marked, er en økonomisk aktivitet uansett om selskapet er offentlig eller privat, og uansett hvordan det får inntektene sine. Tjenester som ytes mot betaling, er å regne som økonomisk aktivitet. Det gjelder også om de som nyter godt av tjenestene, ikke sjøl betaler for dem. Det fører ifølge EU-kommisjonen til at «nesten alle tjenester på det sosiale området kan regnes som økonomiske aktiviteter». Da er det bare en glidende overgang – eventuelt et par domstolsavgjørelser – som skal til før tjenestedirektivet omfatter mange flere sosiale tjenester enn det som spesifiseres i direktivet i dag (se kapittel 6).

10. Helsedirektivet utsatt inntil videre

Både offentlige og private helsetjenester ble unntatt fra tjenestedirektivet under parlamentsbehandlingen i februar 2006. EU-kommisjonen meldte raskt at den ville forberede et eget direktiv om grensekryssende helsetjenester, og i september 2006 sendte den ut på høring et diskusjonsnotat om hva som kunne være innholdet i et helsedirektiv. EU-kommisjonen har flere ganger utsatt fremleggelsen av et forslag til helsedirektiv – antakelig fordi det var for stor motstand fra enkelte regjeringer mot de perspektivene som ble trukket opp i diskusjonsnotatet. Kommisjonen har nå varslet at den vil legge frem et direktivforslag i juni.

11. Men EF-domstolen har likevel sørget for fri flyt av helsetjenester

Overfor regjeringene har EU-kommisjonen et sikkert trumfkort. Det er EF-domstolen. Denne domstolen har det siste tiåret tvunget i gjennom en rettstilstand på helseområdet på tvers av hva de fleste regjeringene har stått for. Domstolen har fastslått at alle helsetjenester faller inn under EU-traktatens prinsipp om fri bevegelse av tjenester (se kapittel 7).

12. Strøm, vann, post og utdanning skal løpende vurderes opp mot tjenestedirektivet

Ved parlamentsbehandlingen i februar 2006 ble en del tjenestesektorer unntatt fra direktivet – enten fordi de reguleres av egne direktiv eller fordi EU-parlamentet ville holde dem utafor rekkevidden av direktivet. Men Ministerrådet vedtok mai 2006 at tjenestesektorer som energiforsyning, vannforsyning, post og utdanning løpende skal vurderes opp mot tjenestedirektivet. Regler som hindrer konkurransen om å yte tjeneste på tvers av grenser, skal vekk. Tjenestedirektivets krav om full konkurranse om å yte grensekryssende tjenester, skal dermed gjelde også på områder som så langt har vært holdt utenfor direktivet. Det som ikke fanges av tjenestedirektivet slik det nå er vedtatt, skal inn i samme mal på andre måter.

Til tross for det konkluderer utredningen til advokatfirmaet Hjort DA v/Frode Elgesem og Ane Grimelid med at direktivet vil ha liten virkning på områder som er holdt utenfor direktivet. Utrederne mener likevel at «man ikke [kan] se bort fra at tjenestedirektivet vil kunne ha en viss liberaliserende virkning på områder som er unntatt fra direktivet» (se kapittel 8).

13. Direktivet endrer rettstilstanden

Fra juridisk hold er det stadig framholdt at tjenestedirektivet ikke endrer rettstilstanden i EU og dermed heller ikke i EØS. Direktivet lovfester bare den rettstilstanden som EF-domstolen har skapt gjennom dommene sine.

Utredningen til advokatfirmaet Hjort DA fastslår at tjenestedirektivet endrer rettstilstanden på tre måter (se kapittel 8):

- ved «at tjenestedirektivets løsninger vil kunne påvirke tolkingen av tjenestebestemmelsene i EF-traktaten og EØS-avtalen, og dermed bidra til en viss liberalisering av tjenestesektoren gjennom fremtidig rettspraksis»,
- ved at langt færre hensyn enn i dag kan begrunne begrensninger for utenlandske tjenesteytere,
- ved at EU-traktatens artikkel 43 heretter kan gripe inn mot rent interne forhold i en stat.

14. Opprinnelseslandsprinsippet forsvant som ord – men forsvant det?

Mange grunnleggende forhold ved tjenestedirektivet er uavklarte og omstridte. Det hevdes for eksempel av forkjemperne for direktivet at det såkalte «opprinnelseslandsprinsippet» ble tatt ut av direktivet ved det kompromisset som EU-parlamentet kom fram til i februar 2006. Det såkalte opprinnelseslandsprinsippet innebærer at et selskap som yter tjenester i andre land, skal – med unntak for helse, miljø, offentlig orden og sikkerhet – følge regelverket i det landet der selskapet er registrert og ikke i det landet der tjenestene ytes. Kontrollen med at regelverket følges, skal også utføres av det landet der selskapet er registrert. Dette opphavslandsprinsippet utløste en storm av protester og er nå pakket inn i et juridisk villnis der vertslandet og opphavslandet skal dele kontrollansvaret uten at det er særlig klart hvilket regelverk som skal legges til grunn og hvem som skal kontrollere hva (se kapittel 9).

15. Endringen bare kosmetisk

På oppdrag fra Nærings- og handelsdepartementet ble professor Finn Arnesen ved Senter for Europarett bedt om å utrede «Virkningen av at opprinnelseslandsprinsippet er tatt ut av tjenestedirektivet» (Utredningen ligger på nettsiden til NHD i tilknytning til høringsdokumentene). Konklusjonen til Finn Arnesen er at «det kan virke som endringen er av mer kosmetisk enn praktisk betydning». Utrederne Elgesem og Grimelid har samme oppfatning: «Det er grunn til å understreke at skiftet fra opprinnelseslandsprinipp til «tjenesteytelsesrett» i direktivets artikkel 16 i det alt vesentlige var av konseptuel karakter».

16. Markedsfrihetene skal avgjøre hvordan offentlige tjenester kan være

For EUs utvikling er det et grunnleggende problem at reglene for det indre marked avgjør hvordan offentlige ytelser skal utformes og tilbys borgerne. Regelverket for tjenesteyting er i alle land utviklet ut fra hensynet til miljø, sosiale forhold, forbrukervern og arbeidstakere. Mange av disse reglene har først og fremst hatt til hensikt å regulere forholdet for innenlandske tjenesteytere, som regel ut fra hensyn som det har vært stor enighet om i samfunnet. Nå stilles det gjennom tjenestedirektivet krav om å vurdere alle slike ordninger på nytt – og utelukkende ut fra om de gjør det vanskeligere for utenlandske tjenesteytere å konkurrere.

17. Juridiske øyeblikksbilder får ikke fram dynamikken som omgir tjenestedirektivet

Når utrederne Erling Hjelmeng og Bjarne Jensen konkluderer med at tjenestedirektivet får liten betydning for offentlige tjenester, er det en konklusjon som bare har mening som et «juridisk øyeblikksbilde» av den aktuelle rettstilstanden omkring offentlige tjenester. Dette øyeblikksbildet ser fullstendig bort fra at EU-systemet drives framover av en dynamikk som stadig endrer rettstilstanden nær sagt til det ugjenkjennelige for mange tjenester som har vært offentlige i alle land i EU og EØS. De ser bort fra at for dem som har ønsket seg et tjenestedirektiv, er direktivet bare er en etappe på veien mot en stadig mer liberalisert samfunnsorden. En tredje utredning, den til Frode Elgesem og Ane Grimelid fra advokatfirmaet Hjort DA, beskriver denne dynamikken slik: «Den domstolsskapte retten, vil – sammen med den fremtidige utviklingen i EF-domstolens rettspraksis – være sentrale premisser for fastleggelsen av innholdet av EØS-avtalen og de rettsakter som inkorporeres i denne» (s. 8). Tjenestedirektivet er en slik rettsakt.

18. EU-kommisjonen og EF-domstolen har alltid vært pådrivere for liberalisering. Er de ikke det heretter?

To instanser bidrar til at EU systematisk begrenser handlingsrommet for offentlig sektor, EU-kommisjonen og EF-domstolen. EU-kommisjonen har i all sin tid, etter hvert stadig mer målbevisst, vært en pådriver for liberalisering innad i EU. Det fins ingen eksempler på at EU-kommisjonen har tatt initiativ til endringer i motsatt retning. Og EU-kommisjonen har enerett på å fremme lovforslag i EU. EF-domstolen har en liknende pådriverrolle. Denne domstolen har fra starten av sett det som sin overordnede forpliktelse å virkeliggjøre EU-traktatens grunnprinsipper om fri bevegelse av varer, tjenester, kapital og arbeidskraft. Det som politikerne ikke makter (eller ikke våger) å avklare, det avklares av dommerne i EF-domstolen.

Det er ingen grunn til å tro at pådriverrollene til EU-kommisjonen og EF-domstolen forsvinner i og med innføringen av tjenestedirektivet. Det er heller ingen grunn til å tro at EU med dette direktivet er kommet til veis ende som liberaliseringsprosjekt.

19. En norsk reservasjon kan få betydning i andre land

En norsk reservasjon mot tjenestedirektivet vil kunne bli en inspirasjon for kampen i andre europeiske land om å endre innholdet av tjenestedirektivet slik at det ikke like entydig som EU-kommisjonen skulle ønske, tvinger Europa i markedsliberal retning. Kampen for et norsk veto mot tjenestedirektivet kan derfor få betydning langt utover Norges grenser. Innad i EU er ett slag tapt, men kampen mot at det markedsliberale favntaket skal omfatte stadig flere områder, er på ingen måte over.

Viktigste litteratur:

Alsos, Kristin; Evju, Stein og Ødegård, Anne Mette: Tjenestedirektivet og regjeringens handlingsplan mot sosial dumping, 2008

Arnesen, Finn: Virkningen av at opprinnelseslandsprinsippet er tatt ut av tjenestedirektivet, 2006

EU-kommisjonen: Gjennomføring av Fellesskapets Lisboa-strategi: sosiale tjenesteytelser av allmenn interesse i Den europeiske union. COM (2006) final, 26. april 2006)

EU-kommisjonen: Håndbog i gennemførelsen af tjenesteydelsesdirektivet – «servicedirektivet», 2007

Grimsby, Gjermund og Grünfeld, Leo: Norsk økonomi og EUs tjenestedirektiv, 2008

Haar, Kenneth: Service uden grænser. Analyse af «Bolkestein Light», det reviderede forslag til EUs servicedirektiv, Ny Agenda 2006

Hall, David: EC Internal Market – Implications for Water and other Public Services, PSIRU 2003

Hjelmeng, Erling: Tjenestedirektivet – grensen mellom tjenester av allmenn økonomisk betydning og ikke-økonomiske tjenester av allmen betydning, 2008

Hjort DA: Tjenestedirektivets gjennomslagskraft for andre tjenester enn dem som er omfattet av direktivet, 2008

Jensen, Bjarne: Oppgaver i offentlig regi og tjenestedirektivet. En økonomisk/administrativ tilnærming, 2008

Lysestøl, Peder Martin/Roar Eilertsen: En nyliberal revolusjon, 2001

Orskaug, Erik: Tjenestedirektivet – en oversikt, UNIO januar 2007

Pricewaterhouse Coopers: Impact of the proposed EU Directive on Services in the Internal Market, 2005

Rasmussen, Hjalte: EU-ret i kontekst, 1998

Tjenestedirektivet, versjon vedtatt av EU-parlamentet i februar 2006, dansk oversettelse.

Tjenestedirektivet, endelig versjon, desember 2006, norsk oversettelse på NHDs hjemmeside.

Udenrigsdepartementet (i Danmark): Grundnotat til Folketingets Europautvalg – om servicedirektivet, mai 2006

Wikborg Rein: Tjenestedirektivet og forbrukerrettigheter, 2008