

ADVOKATFIRMAET  
**HJORT**

---

**Tjenestedirektivets gjennomslagskraft for  
andre tjenester enn dem som er omfattet av  
direktivet**

Presentasjon for Fafo 11. mars 2008

Advokat Frode Elgesem

Advokatfirmaet Hjort DA

# Problemstilling

- Hvilken gjennomslagskraft kan tjenstedirektivets løsninger ha for tjenester som er unntatt fra direktivets anvendelsesområde?
- Rettskildemessig problem
- Analogisk anvendelse av direktivets løsninger?

# Problemstilling forts.

- Direktivets betydning for utelatte tjenester som er regulert i annen sekundærlovgivning (direktiver/forordninger)
- Direktivets betydning for utelatte tjenester som reguleres direkte av bestemmelsene i EF-traktaten/EØS-avtalens hoveddel

# Problemstilling - avgrensninger

- Generell redegjørelse
- Sondring mellom unntak for tjenester *som sådan* og unntak for materielle/ administrative krav og bestemmelser
- Analyse på ”tvers” av tradisjonelle rettskategorier
- Betydningen av den EU/EØS-rettslige tolkningsstil

# Unntaksbestemmelsene

- Artikkel 2(2) og (3)
  - tjenester unntatt fra direktivets *generelle* anvendelsesområde
- Artikkel 17
  - ytterligere unntak fra prinsippet om fri bevegelse av tjenester, jf. direktivets artikkel 16

# Definisjonen av ”tjenesteytelser”

- Markerer *yttergrensen* for direktivets anvendelsesområde
- Direktivets artikkel 2(1):  
*”Dette direktiv finder anvendelse på tjenesteydelser, der udføres af tjenesteydere, som er etableret i en medlemsstat.”*

## Definisjonen av ”tjenesteytelser” forts.

- Definisjonen av ”tjenesteytelse” i direktivets artikkel 4(1):  
*”enhver selvstændig erhvervsvirksomhed, der normalt udføres mod betaling, jf. traktatens artikel 50.”*
- EF-traktatens artikkel 50, jf. EØS-avtalens artikkel 37:  
*”Ved tjenester skal i denne avtale forstås tjenester som vanligvis ytes mot betaling (...).”*

## Definisjonen av ”tjenesteytelser” forts.

- Særlig spørsmål om traktatens/avtalens anvendelse på nasjonale utdannelses-, sosial- og helsesystemer
- Tjenestedirektivet kan ikke ”bringe inn igjen” tjenester i EU/EØS-rettens virkeområde som er unntatt i medhold av EF-traktaten/EØS-avtalen selv



# Kort om tolkning av EØS-rettslig sekundærlovgivning

- Homogenitetsprinsippet – betydningen av EF-domstolens praksis
- Utgangspunkt i ordlyden
- Fortalens betydning
- Forarbeider

# Tjenester regulert i annen sekundærlovgivning

- Oversikt
- Begrunnelsen for unntakene fra direktivets generelle anvendelsesområde
  - Finansielle tjenester – artikkel 2(2) bokstav b)
  - Ekom-tjenester – artikkel 2(2) bokstav c)
  - Tjenester på skatte- og avgiftsområdet – artikkel 2(3)
- Unntatt fordi omfattet av andre harmoniseringsinstrumenter

## Tjenester regulert i annen sekundærlovgivning forts.

- Begrunnelsen for de ytterligere unntakene fra direktivets artikkel 16
- Røtter tilbake til opprinnelseslandsprinsippet i sin mer rendyrkede form, jf. Kommisjonens førsteforslag til direktiv

## Tjenester regulert i annen sekundærlovgivning forts.

- Felles, todelt begrunnelse:
  1. Tjenestene er omfattet av annen sekundærlovgivning som inneholder avvik fra opprinnelseslandsprinsippet
  2. Tjenestene er, ”på det nåværende fellesskapsstadium”, ikke modne for harmonisering

## Tjenester regulert i annen sekundærlovgivning forts.

- Der tjenester er unntatt fordi de er omfattet av andre, spesifikke harmoniseringsinstrumenter, er det ikke grunnlag for å gi direktivets løsninger analogisk anvendelse – jf. art. 2(2) og (3)
- Der unntakene derimot er begrunnet i fraværet av nødvendige forutsetninger for harmonisering, kan det over tid ligge bedre til rette for analogier – jf. art. 17

## Tjenester regulert i annen sekundærlovgivning forts.

- Tjenestedirektivets løsning - artikkel 3(1):  
*”Hvis bestemmelserne i dette direktiv strider mod en bestemmelse i i en anden fællesskabsretsakt om særlige aspekter af adgangen til eller udøvelsen af servicevirksomhed inden for særlige områder eller særlige erhverv, har bestemmelsen i den anden fællesskabsretsakt forrang og finder anvendelse på disse særlige områder eller erhverv (...).”*

## Tjenester regulert i annen sekundærlovgivning forts.

- Direktivet vil trolig ha betydning ved utformingen av fremtidig fellesskapslovgivning
- ”Inspirasjonskilde” for fremtidige harmoniseringsinstrumenter
- Hensynet til sammenheng og kontinuitet i sekundærlovgivningen

# Tjenester regulert i EØS-avtalens hoveddel

- Oversikt
- Eksempler på EF-domstolens bruk av analogier:
  - Sak C-295/90 *Parlamentet mot Rådet*, C-470/99 *Universale-Bau* og C-340/02 *Kommisjonen mot Frankrike*
  - Analogier fra EF-traktaten til sekundærlovgivningen



# Tjenester regulert i EØS-avtalens hoveddel forts.

- Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-149/05 *Price*:

*”Direktiv 92/51 skal (...) supplere det generelle direktiv 89/48 om videregående utdannelse. Direktiv 92/51 kan kun læses og forstås i sammenheng med det andet direktiv. Dette taler for en analogisk anvendelse af bestemmelserne i direktiv 89/48 på faktiske forhold, der falder ind under direktiv 92/51’s anvendelsesområde.*

*En sådan analog anvendelse bør vel navnlig anerkendes, når direktiv 92/51 regulerer et bestemt område materielt på samme vis som direktiv 89/48. (...)*

## Tjenester regulert i EØS-avtalens hoveddel forts.

- Selv om et spørsmål faller utenfor et direktivs (eller en forordnings) anvendelsesområde, må medlemsstatene overholde EF-traktatens grunnleggende regler – se for eksempel sak C-324/98 *Telaustria*.
- Dersom en bestemmelse i sekundærlovgivningen kan anses som en *kodifisering* av traktatens regler, er det derfor mindre tvilsomt å gi bestemmelsen analogisk anvendelse på spørsmål som må vurderes direkte under traktaten.

## Tjenester regulert i EØS-avtalens hoveddel forts.

- Se sak C-458/03 *Parking Brixen* - spørsmål om å gi vilkårene for egenregi, utviklet under direktivene om offentlige anskaffelser, anvendelse på artikkel 43 og 49 EF:

*”Det skal ikke desto mindre fastslås, at disse overvejelser kan overføres til traktatens bestemmelser og de prinsipper, der vedrører offentlige tjenesteydelseskoncessjoner, der er udelukket fra anvendelsesområdet for direktiverne om offentlige kontrakter.”*

## Tjenester regulert i EØS-avtalens hoveddel forts.

- Direktivets forhold til gjeldende fellesskapsrett om tjenester
  - viss regulering også av rent interne forhold?
  - artikkel 16(1) tredje ledd og 16(3)
  - administrative krav
- På det generelle plan en *kodifisering* av gjeldende EU/EØS-rett (jf. fortalens premiss 30)

## Tjenester regulert i EØS-avtalens hoveddel forts.

- Begrunnelsen for unntakene fra direktivet gir i flere tilfeller lite rom for analogier
  - Eksempel: pengespillsektoren, jf. art. 2(2)h)
- Kodifiseringssynspunkter kan åpne for analogier fra direktivet til EF-traktaten/EØS-avtalens hoveddel
  - beror på domstolenes tolkning av traktatens/avtalens tjenesteregler
- Dersom en mer konkret vurdering legges til grunn, vil analogier vanskeligere kunne forekomme – jf.

# Oppsummering

- Det er lite rom for analogier fra direktivet til utelatte tjenester dekket av annen sekundærlovgivning
- Trolig noe større åpning for analogier til tjenester regulert av EF-traktaten/EØS-avtalens hoveddel
- Domstolene må avgjøre om direktivets løsninger er uttrykk for en kodifisering