

NOTAT

Tjenestedirektivet – grensen mellom tjenester av allmenn økonomisk betydning og ikke-økonomiske tjenester av allmenn betydning

Fra: Professor dr. juris Erling Hjelmeng, Institutt for privatrett, Oslo

Til: NHD

Dato: 22. februar 2008

---

1.	Bakgrunn og problemstilling .....	1
2.	Sondringen mellom økonomiske og ikke-økonomiske tjenester – relevans.....	3
3.	Nærmere om sondringen mellom økonomiske og ikke-økonomiske tjenester.....	4
4.	Anvendelse av tjenestedirektivet på SGEI – betydning.....	13
4.1	Direktivets avgrensninger og øvrige EØS-regler.....	13
4.2	Nærmere om direktivreglene og betydning for offentlig tjenestetilbud .....	15
5.	Konklusjon.....	15

## 1. Bakgrunn og problemstilling

Ved avtale med Nærings- og handelsdepartementet av er jeg bedt om å vurdere visse spørsmål knyttet til Europaparlaments- og rådsdirektiv 2006/123/EF om tjenester i det indre marked (tjenestedirektivet). Avtalen spesifiserer mandatet som følger:

"OPPDRAGET går ut på å vurdere hva direktivet betyr for løsning av oppgaver i offentlig regi og brukerne av offentlige tjenester, særlig hva som ligger i skillet mellom "tjenester av allmenn interesse", som er utenfor direktivet, og "tjenester av allmenn økonomisk interesse", som er omfattet av direktivets regler om etablering, men ikke av reglene om midlertidig, grenseoverskridende tjenesteyting."

Mandatet reiser særlig to spørsmål:

- Grensen mellom "tjenester av allmenn interesse" (heretter forkortet SGI, av det engelske Services of General Interest) og "tjenester av allmenn økonomisk interesse" (heretter SGEI, av det engelske Services of General Economic Interest).
- Tjenestedirektivets betydning for SGEI, dvs. for "løsning av oppgaver i offentlig regi og brukerne av offentlige tjenester" på områder hvor tjenestedirektivet faktisk kommer til anvendelse.

Jeg oppfatter oppdraget slik at det i realiteten dreier seg om grensen mellom økonomiske tjenesteytelser av allmenn økonomisk betydning på den ene siden og *ikke-økonomiske* tjenester på den andre. Det er denne grensen direktivet knytter an til, jf. art. 2.2, dvs. at det er *ikke-økonomiske* tjenester som faller utenfor direktivet. Begrepet "tjenester av

allmenn interesse" ("SGI" eller "forsyningspligtydelser" på dansk<sup>1</sup>), dekker *både* SGEI og ikke-økonomiske ytelser. Det dreier seg mao. ikke om gjensidig utelukkende begreper.<sup>2</sup>

I det følgende vil jeg først gi en kort oversikt over tjenestedirektivet og forholdet til reglene i Avtalens hoveddel. Deretter vil det fokuseres på grensedragningen mellom ikke-økonomiske tjenester og SGEI. Denne sontringen representerer ikke bare tjenestedirektivets yttergrense, men også grensen for anvendelsesområdet til tjenestereguleringene i EØS-avtalens hoveddel.

Den generelle betydningen av EØS-avtalens hoveddel for ikke-økonomiske tjenester, behandles ikke. Dette spørsmålet dukker primært opp i tilknytning til fri bevegelighet for personer og krav om tilgang til slike tjenester på ikke-diskriminerende grunnlag (barn av arbeidstakere fra andre EØS-land har for eksempel rett til skolegang). En redegjørelse for adgangen til offentlige tjenester under reglene om fri bevegelighet for personer faller utenfor mitt mandat.

Jeg vil heller ikke problematisere betydningen av at for eksempel innkjøp til ikke-økonomisk virksomhet vil omfattes av EØS-reguleringene. Dette er et spørsmål om anvendelsen av reglene om offentlige anskaffelser der det offentlige velger å etterspørre tjenester i markedet. Også dette faller utenfor mitt mandat knyttet til tjenestedirektivet.

Endelig vil det ikke bli foretatt noen vidtgående definisjon av når det foreligger en SGEI kontra "ordinære" tjenester. Sontringen mellom tjenester av allmenn økonomisk betydning og andre tjenester fastlegges ved en tolkning av EØS-avtalens hoveddel, dvs. art 59(2). Her er det på det rene at medlemsstatene har en betydelig frihet til å definere hva som skal anses for å være tjenester av allmenn økonomisk betydning.<sup>3</sup> Denne grensen faller imidlertid også utenfor mitt mandat som er rettet mot sontringen mellom SGEI og ikke-økonomiske tjenester.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> I danske oversettelser benyttes "forsyningspligtydelser" konsekvent om SGI. På norsk blir dette misvisende, fordi det henleder oppmerksomheten på typiske SGEI som strøm- og vannforsyning.

<sup>2</sup> Jf. også definisjonen av SGI i Bilag 1 til KOM(2004) 374 end Hvidbog om forsyningspligtydelser, s. 23: "Udtrykket "forsyningspligtydelser" findes ikke i selve traktaten. I Fællesskabets praksis afledes det af udtrykket "tjenesteydelser af almen økonomisk interesse", som benyttes i traktaten. Det er bredere end udtrykket "tjenesteydelser af almen økonomisk interesse" og dækker både markedsmæssige og ikke-markedsmæssige tjenesteydelser, som de offentlige myndigheder klassificerer som værende af almen interesse og underlagt bestemte offentlige tjenesteforpligtelser."

<sup>3</sup> Se for eksempel COM(96) 443, Services of General Interest in Europa, s. 5, samt KOM(2006) 177 Kunngjøring om Iværksættelse af Fællesskabets Lissabon-program – Socialydelser af almen interesse i Den Europæiske Union, s. 3.

<sup>4</sup> Se ellers nærmere om grensedragningene Ulla Neergaard: Services of General (Economic) Interest and the Services Directive – What Is Left Out, Why and Where to Go?, i Neergaard/Nielsen/Roseberry: The Services Directive – Consequences for the Welfare State and the European Social Model, DJØF København 2008, s. 88 ff.

## 2. Sondringen mellom økonomiske og ikke-økonomiske tjenester – relevans

Mht. SGEI vil EØS-avtalen som utgangspunkt få full anvendelse, jf. EØS art. 37. Tjenestereglene i EØS-avtalens hoveddel gjelder imidlertid med de unntak av *ikke-økonomisk* karakter (tvingende allmenne hensyn og offentlig orden, sikkerhet og folkehelse) som følger av rettspraksis og art 39 jf. 33. Samtidig gjelder det et unntak av *økonomisk* karakter, jf. art 59(2) om at EØS-reglene bare gjelder for foretak som utfører tjenester av allmenn økonomisk betydning så langt de ikke vil hindre foretaket i å utføre sine oppgaver.

For SGEI er det (uavhengig av direktivet) således på det rene at de alminnelige tjenestereglene i Avtalens hoveddel, herunder læren om allmenne hensyn samt art 59(2) vil komme til anvendelse.<sup>5</sup> De konkrete implikasjoner av dette berøres kort i 4.1 nedenfor.

Tjenester av allmenn interesse, men av *ikke-økonomisk* karakter, berøres derimot ikke som sådan. Det er imidlertid på det rene at adgang til slike tjenester berøres av de øvrige fire friheter, jf. ovenfor.

Grensedragningen mellom ikke-økonomiske tjenester og SGEI angir således yttergrensen for anvendelsesområdet til tjenestereglene i EØS-avtalens hoveddel.<sup>6</sup> I sin Grønnebok av 2003 fremhever Kommisjonen viktigheten av grensedragningen på denne måten:

"Sondringen mellem tjenesteydelser af økonomisk art og tjenesteydelser af ikkeøkonomisk art er vigtig, fordi de ikke er underlagt de samme bestemmelser i traktaten. Bestemmelser som princippet om ikke-diskriminering og princippet om personers fri bevægelighed gælder f.eks. for adgangen til alle ydelser. Reglerne for offentlige indkøb gælder for varer, tjenester eller arbejder, som offentlige enheder indkøber med henblik på at levere tjenester af både økonomisk og ikke-økonomisk art. Men traktatens bestemmelser om fri levering af tjenesteydelser, etableringsfrihed, konkurrence og statsstøtte gælder kun for økonomiske aktiviteter. I traktatens artikel 16 og artikel 36 i chartret om grundlæggende rettigheder henvises der kun til tjenester af almen økonomisk interesse."<sup>7</sup>

I tråd med tjenestereglens anvendelsesområde var ikke-økonomiske tjenester ekskludert fra tjenstedirektivet allerede i Kommisjonens første utkast. Dette følger nå av direktivet art. 2.2 a). I direktivets fortale kommer linken til definisjonen av tjenester i EØS art 37 til uttrykk i betr. 17:

"Dette direktiv omfatter kun tjenesteydelser, der udføres mod en økonomisk modydelse. Tjenesteydelser af almen interesse er ikke omfattet af definitionen i traktatens artikel 50 og falder derfor ikke ind under dette direktivs anvendelsesområde."

Dette innebærer at direktivet som hovedregel følger anvendelsesområde til tjenestereglene i EØS-avtalens hoveddel. I tråd med dette er SGEI dekket av direktivet, likevel slik at det er gjort enkelte eksplisitte unntak, jf. art. 2 og art 17 nr 1), som gjør

<sup>5</sup> Som kjent er SGEI gitt en særlig omtale i EF-traktaten art 16 og i Charteret om grunnleggende rettigheter art 36 (EFT 2007 C 303 s. 2). Disse bestemmelsene vil neppe representerer noen forskjell i forhold til hva som uansett følger av EØS-avtalen, og behandles ikke nærmere her.

<sup>6</sup> Grensen er også behandlet i Ola Mestads notat til NHD av 10. september 2006.

<sup>7</sup> Grønnebok om forsyningspligtydelser, 21. mai 2003 KOM (2003) 270 end., avsnitt 43.

unntak fra art 16 (om restriksjoner på grenseoverskridende tjenesteytelser) for SGEI som utføres i en annen EØS-stat.

Dermed er det av betydning å trekke en grense mellom SGEI som omfattes av EØS-avtalens hoveddel (og deler av direktivet) på den ene side, og ikke-økonomiske tjenester som faller helt utenfor på den andre. Under direktivet er grensen for det første av betydning under bestemmelsene om etableringsfrihet (kapittel III), hvor SGEI er dekket mens ikke-økonomiske tjenester faller utenfor. For det andre er den relevant under kapittel IV om fri bevegelse for tjenester, men da bare under bestemmelsene om restriksjoner pålagt tjenestemottager (art 19 og 20). Derimot har grensen ikke betydning under tjenstedirektivets "hovedbestemmelse" om fri bevegelse for tjenester (art 16 om restriksjoner pålagt tjenesteyter ved grenseoverskridende tjenesteytelser), siden begge typer tjenester (altså SGI som gruppe) er ekskludert, jf. art. 2.2 og art. 17.

### **3. Nærmere om sontringen mellom økonomiske og ikke-økonomiske tjenester**

Utgangspunktet når sontringen mellom ikke-økonomiske tjenester og SGEI skal klargjøres vil være spørsmålet om hva som ligger i at en tjeneste må være av "økonomisk" karakter.

I sin tur vil spørsmålet om hva som er en tjeneste av "økonomisk" karakter være avhengig av en tolkning av definisjonen av tjenester i EØS art. 37. Her defineres tjenester som "tjenester som vanligvis ytes mot betaling".

Kommisjonens holdninger til SGI har kommet til uttrykk i en rekke meddelelser fra 1996 og frem til november 2007.<sup>8</sup> Kommisjonen (og Domstolen) har likevel veket tilbake fra forsøk på å gi generelle definisjoner av tjenester av allmenn økonomisk kontra ikke-økonomisk betydning, og grensedragningen mellom ikke-økonomiske tjenester og SGEI er derfor uskarp.<sup>9</sup> Det finnes imidlertid en rekke rettsavgjørelser og enkeltuttalelser som gir en pekepinn om hvor grensen går.

I Grønnboken om forsyningspliktjenester fra 2003 gir Kommisjonen følgende redegjørelse (avsnitt 44 og 45):

"Hvad angår sontringen mellem tjenesteydelser af økonomisk art og tjenesteydelser af ikke-økonomisk art betragtes *enhver aktivitet, der består i at udbyde varer og tjenester på et givet marked*, som en økonomisk aktivitet. Økonomiske og ikkeøkonomiske tjenester kan således eksistere side om side inden for samme sektor og undertiden leveres af samme organisation. Mens der måske ikke findes et marked for levering af bestemte tjenester til offentligheden, kan der ikke desto mindre findes et marked på

---

<sup>8</sup> En oversikt over initiativ fram til 2006 er gitt i Sauter/Schepel: "'State' and 'Market' in the Competition and Free Movement Case Law of the EU Courts", TILEC Discussion Paper, august 2007 og Ulla Neergaard: Services of General (Economic) Interest and the Services Directive – What Is Left Out, Why and Where to Go?, i Neergaard/Nielsen/Roseberry: The Services Directive – Consequences for the Welfare State and the European Social Model, DJØF København 2008, s. 65 ff. Se også Ola Mestads notat til NHD "Kommisjonens reviderte utkast til tenestedirektiv – unntaka", datert 10. september 2006.

<sup>9</sup> Se for eksempel KOM(2001) 598 end, Rapport til Det Europæiske Råd i Laeken: Forsyningspligtigheder, avsnitt 30.

## Erling Hjelmeng – Tjenestedirektivet

tidligere tren, hvor foretagender indgår aftaler med offentlige myndigheder om levering af disse tjenester. Reglerne for det indre marked, konkurrence og statsstøtte gælder for sådanne markeder på tidligere tren.

Rækken af tjenester, der kan leveres på et givet marked, er genstand for teknologiske, økonomiske og samfundsmæssige ændringer og har udviklet sig i tidens løb. Konsekvensen er, at sondringen mellem økonomiske og ikke-økonomiske aktiviteter har været dynamisk og i stadig udvikling, og i de seneste årtier har stadig flere aktiviteter fået økonomisk relevans. For et stigende antal tjenesteydelser er denne sondring blevet uklar. I sin meddelelse fra 2000 nævnte Kommissionen en række eksempler på ikke-økonomiske aktiviteter. Disse eksempler vedrører navnlig spørgsmål, der betragtes som hørende under statens enekompetence, tjenesteydelser som uddannelsesvæsenet og obligatoriske, grundlæggende sociale sikringsordninger samt en række aktiviteter, der udføres af organisationer, der hovedsagelig varetager sociale funktioner, og som ikke forventes at beskæftige sig med industrielle eller kommercielle aktiviteter. Eftersom sondringen ikke er statisk over tid, understregede Kommissionen i sin rapport til Det Europæiske Råd i Laeken, at det hverken vil være muligt eller ønskeligt at udarbejde en definitiv liste over alle de forsyningspligtigheder, der skal betragtes som "ikke-[økonomiske]" a priori".<sup>10</sup>

Tjenestedirektivets fortale, 34. betragtning, gir en nyttig oversigt over vurderingskriteriene. Her heter det:

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

Ved vurderingen kan det hentes en viss vejledning fra praksis under EØS-avtalens konkurranseregler og hva som representerer et "foretak" under disse bestemmelsene.<sup>11</sup> Dette beror på om enheten kan sies å drive "økonomisk virksomhet", hvilket avgjøres etter en helhetsvurdering av virksomhetens art. Tilnærmingen er utpreget funksjonell i den forstand at én og samme enhet kan anses som foretak i én relasjon og ikke som foretak i en annen. Ifølge Kommisjonen er vurderingen under tjenestereglene imidlertid

---

<sup>10</sup> Grønbog om forsyningspligtigheder, 21. mai 2003 KOM (2003) 270 end., avsnitt 44 og 45 (min uthevelse), jf. dessuten den siterte Rapport til Det europæiske råd i Laeken, Forsyningspligtigheder, 17. oktober 2001 KOM(2001) 598 end., avsnitt 30.

<sup>11</sup> Jf. også EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-5/07 Private Barnehagers Landsforbud v Norge, dom av 21. februar 2008), prem. 80, der Domstolen går motsatt vei ved at praksis under tjenestereglene trekkes inn i vurderingen av om kommunale barnehager kan anses som "foretak" etter statsstøttereglene.

ikke like avhengig av tjenestens art, men "rather on the way a given activity is actually provided, organised and financed."<sup>12</sup>

Dette innebærer at det ikke er mulig å kategorisere ulike typer tjenester som økonomiske eller ikke-økonomiske bare ved å se på tjenestens art. Måten tjenesten er organisert og finansiert på i det enkelte medlemslandet vil også spille inn, hvilket innebærer at i utgangspunktet innholdsmessig identiske tjenester vil kunne bedømmes ulikt fra land til land.

Utgangspunkt kan likevel tas i EF-domstolens uttalelser i i Pavlov, som gjaldt foretaksbegrepet i konkurransereglene, der det heter at "enhver virksomhed, der består i at udbyde varer og tjenesteydelser på markedet, er erhvervsmæssig virksomhed".<sup>13</sup> Hvis den aktuelle tjenesten således ikke tilbys på et marked mot betaling, vil det kunne være tale om en ikke-økonomisk ytelse.

Dette utgangspunktet krever imidlertid flere presiseringer:

*For det første* vil det kunne dreie seg om en økonomisk tjeneste selv om det ikke er mottageren selv som betaler.<sup>14</sup> Dette vil typisk være tilfelle der det offentlige betaler for tjenester ytet til private.

*For det andre* vil det faktum at borgerne faktisk betaler et vederlag eller avgift for å motta tjenesten vil ikke automatisk lede til at den klassifiseres som "økonomisk". I Humbel vurderte Domstolen om betaling av en studieavgift kunne føre til at undervisningen måtte klassifiseres som en tjeneste i Traktatens forstand. Domstolen uttalte:

"Begrebet "betaling" er ganske vist ikke udtrykkeligt defineret i Traktatens artikler 59 ff., men retligt kan dets rækkevidde udledes af bestemmelserne i Traktatens artikel 60, stk. 2, hvorefter tjenesteydelser blandt andet omfatter virksomhed af industriel karakter, af handelsmæssig karakter samt håndværksmæssig virksomhed og virksomhed i liberale erhverv.

Det væsentlige kendetegn ved betalingen findes således i det forhold, at den udgør det økonomiske modstykke til tjenesteydelsen, hvilket modstykke normalt fastlægges i forholdet mellem den, der præsterer tjenesteydelsen, og den, der modtager den.

Dette særlige kendetegn kan imidlertid ikke antages at foreligge med hensyn til undervisning i det nationale undervisningssystem. Dels gælder det, at staten, idet den organiserer og driver et sådant system, ikke herved vil drive virksomhed mod betaling men varetage sine opgaver over for

---

<sup>12</sup> Kommisjonens kunngjøring til EU Parlamentet, Rådet, ECOSOC og Regionalkomiteen "Services of general interest, including social services of general interest: a new European commitment, COM(2007) 725 final (november 2007), s. 5.

<sup>13</sup> Forenede saker C-180-184/98 Pavlov, Sml. 2000 s. I-6451, prem. 75. Se også sak C-35/96 Italienske tollklararer, Sml. 1998 s. I-3851, prem. 36 og sak 118/85 Transparensdirektivet, Sml. 1987 s. 2599, prem 7: "Staten kan optræde enten som udøver af offentlig myndighed eller som udøver af erhvervsmæssig virksomhed af industriel eller handelsmæssig art, hvorved der udbydes varer og tjenesteydelser på markedet. For at kunne foretage denne sondring må der derfor i hvert enkelt tilfælde foretages en nærmere undersøgelse af den pågældende statslige aktivitet med henblik på at afgøre, hvilken af de nævnte kategorier den falder ind under."

<sup>14</sup> Jf. for eksempel sak C-352/85 Bond van Adverteerders, Sml. 1988 s. 2085, prem. 16.

befolkningen på det sociale, kulturelle og uddannelsesmæssige område. Dels finansieres dette system i almindelighed over det offentlige budget, ikke af eleverne eller deres forældre.

Den nærmere beskaffenhed af denne aktivitet kan ikke påvirkes af, at eleverne eller deres forældre undertiden er forpligtet til at betale afgifter eller skolepenge som delvis bidrag til udgifterne til driften af dette system. Så meget mere må det antages at gælde, at den simple omstændighed, at betaling af en studieafgift alene pålægges udenlandske elever, ikke kan have en sådan virkning."<sup>15</sup>

Tilsvarende synspunkter er anvendt på gebyr for miljøoppsyn:

"SEPG's opkrævning af afgiften for miljøovervågningsarbejdet er en integrerende del af selskabets overvågning af havneområdet og kan ikke ændre den retlige kvalifikation af overvågningsarbejdet (jf. herved dommen i SAT Fluggesellschaft-sagen, præmis 28). Som det fremgår af nærværende doms præmis 8, godkendes de priser, SEPG anvender, af det offentlige.

Det første spørgsmål må herefter besvares med, at traktatens artikel 86 skal fortolkes således, at miljøovervågningsarbejde, som det offentlige har overdraget et privatretligt organ at udføre i en oliehavn i en medlemsstat, ikke henhører under artiklens anvendelsesområde, uanset om brugerne af havnen skal betale en afgift, hvis provenu skal finansiere arbejdet."<sup>16</sup>

På dette punkt kan det også vises til EFTA-domstolens avgjørelse i barnehagesaken, der det heter:

"The parents' fee which constitutes only a fraction of the true costs of the service cannot be qualified as a *quid pro quo vis-à-vis* the municipal kindergartens, but only as a contribution to a system which is predominantly funded by the public purse. It is therefore clear that the Norwegian State, when establishing and maintaining a system where every child increases the costs incurred, is not seeking to engage in gainful activity but is fulfilling its duties towards its own population in the social, cultural and educational fields."<sup>17</sup>

*For det tredje* kan utgangspunktet om at tilbud av tjenester på et marked representerer økonomiske virksomhet reise spørsmål om det faktum at tjenesten *vil kunne* tilbys på et marked kan lede til at den klassifiseres som "økonomisk". Også her representerer undervisningstjenester et egnet eksempel.

Höfner-saken har vært tatt til inntekt for et slikt synspunkt.<sup>18</sup> Saken gjaldt Bundesarbeitsamts enerett på å fornidle arbeidskraft i Tyskland. Den tyske domstolen hadde stilt spørsmål om denne eneretten var i strid med reglene om fri bevegelighet – et spørsmål domstolen ikke besvarte fordi den fant at saksforholdet i hovedsaken ikke hadde grenseoverskridende virkning. Derimot fant Domstolen at Bundesarbeitsamt i den konkrete relasjonen var å anse som et "foretak" under konkurransereglene, fordi det var tale om "økonomisk virksomhet".

Domstolen ga ikke noen nærmere begrunnelse for hvorfor arbeidsformidling var å anse som en økonomisk virksomhet, men påpekte at virksomhetens karakter ikke ble endret ved at den (da) utelukkende ble utført av et offentlig foretak. Det er imidlertid ikke grunn til å lese inn i denne dommen at all virksomhet som i prinsippet vil kunne utføres av

<sup>15</sup> Sak 263/86 Humbel, Sml. 1988 s. 5365, prem. 16-19.

<sup>16</sup> Sak C-343/95 Diego Cali, Sml. 1997 s. I-1547, prem. 24-25.

<sup>17</sup> Sak E-5/07 Private Barnehagers Landsforbud v Norge, dom av 21. februar 2008), prem. 82.

<sup>18</sup> Sak C-41/90, Sml. 1991 s. I-1979.

private (eller faktisk gjøres det i andre medlemsstater) automatisk vil anses som en tjeneste i art. 37's forstand.

EFTA-domstolen tok tilsvarende standpunkt i barnehagesaken, der det heter at "Such an interpretation would basically bring any activity of the State not consisting in an exercise of public authority under the notion of economic activity."<sup>19</sup>

Det faktum at tjenesten rent faktisk *utføres* av private, vil heller ikke være ensbetydende med at tjenesten er økonomisk. Dette må vurderes ut fra hvordan tjenesten er organisert og finansiert. Eksempelvis vil private skoler som i det vesentlige finansieres av det offentlige ikke anses å yte økonomiske tjenester. Tilsvarende gjelder der private har fått delegert oppgaver knyttet til myndighetsutøvelse, jf. nedenfor. Etter EFTA-domstolens avgjørelse i barnehagesaken kan det samme muligens hevdes for så vidt gjelder barnehager. Barnehager er imidlertid uansett eksplisitt unntatt fra tjenestedirektivets anvendelsesområde, jf. art. 2.2 bokstav j).

Derimot er det slik at der tjenesten tilbys av private i *andre land*, vil *denne aktiviteten* nyte godt av beskyttelse, selv om tjenesten ytes gratis av det offentlige i andre land. I en slik sammenheng oppstår det gjerne spørsmål om lovligheten av restriksjoner på adgangen for tjenestemottager til å få refundert utgifter fra sitt hjemland.<sup>20</sup> Typisk gjelder dette ved helsebehandling eller privat skolegang.<sup>21</sup> I en slik sammenheng har EF-domstolen uttalt at

"det ved afgørelsen af, om artikel 49 EF finder anvendelse på den omhandlede national lovgivning, er uden relevans, om de skoler, der er etableret i tjenestemottagerens medlemsstat – i det foreliggende tilfælde Forbundsrepublikken Tyskland – og som er statsanerkendt, godkendt eller på anden måde anerkendt i Tyskland i nævnte lovgivnings forstand, udfører en tjenesteydelse i artikel 50, stk. 1, EF's forstand eller ej. Af betydning er alene, om privatskolen, der er etableret i en anden medlemsstat, kan anses for at udføre tjenesteydelser mod betaling."<sup>22</sup>

Denne typen restriksjoner vil også kunne fanges opp av tjenestedirektivet art 19 om tjenestemottagers rett til frihet fra restriksjoner. Det kanskje mest praktiske tilfellet – helsetjenester utført i utlandet – er imidlertid ekskludert fra direktivet, jf. dets art. art. 2 nr. 2 f). SGEI utført i utlandet omfattes heller ikke av direktivets art 16, jf. art 17.

Tjenester som involverer myndighetsutøvelse kan isoleres som en egen gruppe ikke-økonomiske tjenester. Utgangspunktet er klart nok at *utøvelse av offentlig myndighet* som sådan ikke anses som en "tjeneste" under EØS-avtalen, og tjenester som innebærer

<sup>19</sup> Prem. 80.

<sup>20</sup> Den grunnleggende saken om tjenestemottagers rett til beskyttelse mot restriksjoner på adgangen til å motta tjenester i andre land er, forenede saker 286/82 og 26/83, Luisi og Carbone, Sml. 1984 s. 377.

<sup>21</sup> Om helsebehandling se sak C-372/04 Watts, Sml. 2006 s. I-4325, prem. 82 ff., der Domstolen (i storkammer) fant det unødvendig å undersøke om "om hospitalsbehandling, der udbydes inden for rammerne af en national sundhedstjeneste som NHS, i sig selv udgør tjenesteydelser som omhandlet i traktatens bestemmelser om fri udveksling af tjenesteydelser" så lenge restriksjonen gjaldt pasientens adgang til selv å kjøpe disse tjenestene i utlandet.

<sup>22</sup> Sak C-318/05 Kommisjonen v Tyskland, dom av 11. september 2007, ennå ikke i Samlingen, prem. 73. Tilsvarende for helsetjenester se sak C-372/04 Watts, Sml. 2006 s. I-4325, prem. 90.



utøvelse av slik myndighet vil derfor ikke være dekket. Dette kan for så vidt forankres i EØS art 32 om unntak for offentlig myndighetsutøvelse (som gis anvendelse på tjenesteområdet i kraft av art 39). Et tilsvarende unntak finnes i tjenestediretivet art 2.2 bokstav i). Tilsvarende vil ikke utøvelse av offentlig myndighet anses som "økonomisk aktivitet" i forhold til foretaksbegrepet under EØS-avtalens konkurranseregler.

Det er på det rene at EF-domstolen har fortolket Traktatens unntak for myndighetsutøvelse snevert og anlagt en funksjonell (i motsetning til en institusjonell) tilnærming.<sup>23</sup> I tråd med det generelle utgangspunktet er det den konkrete virksomhetens karakter som må vurderes. Som illustrasjon kan det vises til Domstolens uttalelser i Eurocontrol:

"Ud fra en helhedsbetragtning er Eurocontrol' s virksomhed som følge af sin art, sit formål og de regler, den er undergivet, knyttet til udøvelsen af beføjelser vedrørende kontrollen af og de politimæssige opgaver i luftrummet, som typisk er beføjelser, der henregnes til offentlig myndighed. Der er ikke tale om økonomisk virksomhed, som kan begrunde anvendelsen af traktatens konkurrenceregler."<sup>24</sup>

Dette gjelder også der utøvelsen av myndighet er lagt til et privatrettslig organ, for eksempel DNV. I Diego Calì vurderte Domstolen et privat organ som hadde fått overdratt miljøtilsynsoppgaver i en havn. Slike oppgaver vil som utgangspunkt inneholde elementer av offentlig myndighetsutøvelse. Domstolen kom til at den aktuelle aktiviteten ikke var omfattet av Traktaten. Det heter:

"Det miljøovervågningsarbejde, SEPG har fået overdraget at udføre i oliehavnen i Genova, er en opgave af almindelig interesse, der henhører under statens væsentlige opgaver med hensyn til beskyttelse af havnemiljøet.

Et sådant overvågningsarbejde er som følge af sin art, sit formål og de regler, det er undergivet, således knyttet til udøvelsen af beføjelser vedrørende miljøbeskyttelse, som typisk er beføjelser, der henregnes til offentlig myndighed. Der er ikke tale om økonomisk virksomhed, som kan begrunde anvendelsen af traktatens konkurrenceregler."<sup>25</sup>

I et Working Document fra 2007 lister Kommisjonen opp følgende tjenester som involverer myndighetsutøvelse

- Activities related to the army or the police.
- The maintenance and improvement of air navigation safety, security, air traffic control, customs, maritime traffic control and safety.
- The anti-pollution surveillance which is a task in the public interest that forms part of the essential functions of the State as regards the protection of the environment in maritime areas.
- Standardisation activities as well as related research and development activities.
- The organization, financing and enforcement of correctional measures in order to ensure the enforcement of the penal system.
- The financing and the supervision of the construction of the railway infrastructure. The closing down of coal mines and the management of assets, as well as the provision of funds for the

<sup>23</sup> Se nærmere Sauter/Schepel, op.cit., s. 42 ff.

<sup>24</sup> Sak C-364/92 Eurocontrol, Sml. 1994 s. I-43, prem. 30.

<sup>25</sup> Sak C-343/95 Diego Calì, Sml. 1997 s. I-1547, prem. 22-23.

work of rehabilitation and supervision of sites and for the eradication of the consequences of mining activity.<sup>26</sup>

Listen er ikke uttømmende, men representerer tilfeller hvor Kommisjonen i enkeltsaker selv har konkludert med at det ikke dreier seg om økonomisk aktivitet i Traktatens forstand. Andre tjenester som typisk kan anses som knyttet til myndighetsutøvelse er for eksempel tinglysing og offentlig registrering (selv om fritidsbåtregisteret typisk vil representere et grensetilfelle) og forvaltning av for eksempel ekteskapsinstituttet, herunder skilsmisse. Alle typer tilsyn med etterlevelse av lover og regler vil omfattes, selv om for eksempel deler av forbrukermyndighetenes aktiviteter kan befinne seg i et grenseområde.

Virksomhet som innebærer en blanding av tjenesteytelse og myndighetsutøvelse reiser også avgrensingsproblemer. Et nærliggende eksempel her er barnevern. Denne tjenesten utgjøres hovedsakelig av omsorgstjenester, men innebærer også innslag av myndighetsutøvelse. Allerede det faktum at tjenesten er "påtvunget" vil etter mitt skjønn kunne tilsi at tjenesten anses som ikke-økonomisk. I denne tvangen ligger det også nettopp at det ikke kan sies å eksistere vanlig etterspørsel etter tjenesten – i alle fall ikke i denne form. På dette punkt kan det trekkes en parallell til fengsels- og friomsorg, som også involverer tilbud det også ellers kan være etterspørsel etter, men som klart ikke kan anses som noen økonomisk tjeneste, jf, også Kommisjonens liste sitert ovenfor. For så vidt gjelder barnevern er det også på det rene at den form for omsorg som utøves, dvs. en total overtagelse av omsorgen for barnet, ikke kan sies å utgjøre en tjeneste som etterspørres i et marked, jf, den grunnleggende definisjonen av økonomisk tjenesteytelse.<sup>27</sup>

Utover tjenester som involverer myndighetsutøvelse vil det først og fremst være ulike former for sosiale, kulturelle og utdanningsmessige tjenester som vil kunne anses som ikke-økonomiske.<sup>28</sup> Undervisningstjenester – i alle fall undervisning som ligger innenfor det ordinære nasjonale utdannelsessystemet, vil typisk falle utenfor Traktaten, jf. Humbel.<sup>29</sup> I Wirth presiserte Domstolen følgende:

---

<sup>26</sup> SEC(2007) 1516 Prov. Commission staff working document - Frequently asked questions in relation with Commission Decision of 28 November 2005 on the application of Article 86(2) of the EC Treaty to State aid in the form of public service compensation granted to certain undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest, and of the Community Framework for State aid in the form of public service compensation - Accompanying document to the Communication on "Services of general interest, including social services of general interest: a new European commitment"

<sup>27</sup> Ruth Nielsen: The Services Directive, Rights of Recipients of Services and the Welfare State(s), i Neergaard/Nielsen/Roseberry: The Services Directive – Consequences for the Welfare State and the European Social Model, cit., s. 215, utelukker heller ikke at ulike arbeidsmarkedstiltak kan anses som ikke-økonomiske tjenester etter kriteriet om myndighetsutøvelse. Det heter: "Services provided in the context of active labour market policy may be so intertwined with the exercise of public authority that they are outside the scope of the Services directive for this reason."

<sup>28</sup> Jf. for så vidt vektleggingen av disse hensynene i sak E-5/07 Private Barnehagers Landsforbud v Norge, dom av 21. februar 2008), prem. 83.

<sup>29</sup> Sak 263/86 Humbel, Sml. 1988 s. 5365, sitert ovenfor, og senest sak C-318/05 Kommisjonen v Tyskland, dom av 11. september 2007.

"...der findes dog lærestalter, der i det væsentlige finansieres ved hjælp af private midler, navnlig af de studerende eller deres forældre, og som drives erhvervsmæssigt. Såfremt undervisningen foregår på en sådan lærestalt, bliver den en tjenesteydelse i EØF-traktatens artikel [50]' s forstand. Disse lærestalter har nemlig til formål at tilbyde en ydelse mod betaling."<sup>30</sup>

Helsetjenester vil typisk kunne anses som økonomiske tjenester i Avtalens forstand. Dette kom tidlig til uttrykk i Luisi og Carbone,<sup>31</sup> og senere den irske abortsaken. Her uttalte Domstolen at "afbrydelse af svangerskab, således som dette lovligt foretages i flere medlemsstater, er en lægelig virksomhed, der normalt foretages mod betaling, og som kan udføres inden for rammerne af et liberalt erhverv."<sup>32</sup> Anvendeligheten av tjenestereglene på helsetjenester er senere bekreftet i flere saker. Reglene kommer til anvendelse uavhengig av om tjenesten ytes i eller utenfor sykehus, hvilket Domstolen eksplisitt har påpekt.<sup>33</sup> Flertallet av tilfeller gjelder refusjon for helsetjenester mottatt i utlandet. I slike saker vil det ikke være avgjørende om den tilsvarende tjenesten i tjenestemottagers hjemland ellers kan klassifiseres som ikke-økonomisk, jf. Watts-saken sitert ovenfor.

Helsetjenester er eksplisitt unntatt fra tjenestedirektivet, jf. art. 2 nr. 2 f), og behandles derfor ikke nærmere her. Synspunktene i dommene viser imidlertid med tydelighet at det faktum at oppgavene primært utføres av det offentlige ikke er avgjørende mht. karakteristikken av tjenesten som økonomisk eller ikke-økonomisk.

Sosiale tjenester kan anses som en egen kategori innenfor SGI.<sup>34</sup> At noe klassifiseres som "sosial tjeneste" er likevel ikke avgjørende for klassifiseringen som økonomisk eller ikke-økonomisk. Kommisjonens oppfatning er at "næsten alle tjenesteydelser på det sociale område kan betraktes som "erhvervsvirksomhet" i henhold til traktatens artikkel 43 og 49."<sup>35</sup> Innenfor sosiale tjenester skiller Kommisjonen mellom to grupper:

For det første "obligatoriske og supplerende sosiale beskyttelsesordninger, som er organisert på forskjellig vis (gensidige eller ervervsrelaterede ordninger), og som dekker de største risici (risici forbundet med sykdom, alderdom, arbeidsulykker, arbeidsløshet, pensjon og handicap).<sup>36</sup>

For det andre oppstilles andre grunnleggende ytelser som tildeles direkte til den enkelte borger. Her gir Kommisjonen følgende eksempler:

---

<sup>30</sup> Sak C-109/92 Wirth, Sml. 1993 s. I-6447, prem. 17. Se dessuten sak 263/86 Humbel, Sml. 1988 s. 5365, prem. 16-19 og senest sak C-318/05 Kommisjonen v Tyskland, dom av 11. september 2007, ennå ikke i Samlingen, prem. 65 ff. (Ikke skattefradrag for skolepenger til utenlandske privatskoler).

<sup>31</sup> Forenede saker 286/82 og 26/83, Sml. 1984 s. 377, prem. 16.

<sup>32</sup> Sak C-159/90 (Irske abortsaken), Sml. 1991 s. 4685, prem. 18.

<sup>33</sup> Sak C-157/99 Peerbooms, sml. 2001 s. I-5473, prem. 53.

<sup>34</sup> Se KOM(2006) 177 Kunngjøring om Iværksættelse af Fællesskabets Lissabon-program – Socialydelser af almen interesse i Den Europæiske Union, s. 3.

<sup>35</sup> Op.cit., s. 7.

<sup>36</sup> Op.cit., s. 3.

"De omfatter først og fremmest hjelp til personer, der har personlige problemer eller er i krise (f.eks. gjeld, arbeidsløshet, narkotikamisbruk og oppløsning av familien). For det andet omfatter de aktiviteter, der har til formål at sikre, at de pågældende personer kan blive fuldt ud integreret i samfundet (rehabilitering og sprogundervisning for immigranter) og navnlig på arbejdsmarkedet (uddannelse og omskoling). Disse ydelser supplerer og støtter den rolle, som familien spiller med hensyn til tage sig af navnlig de yngste og de ældste samfundsborgere. For det tredje omfatter disse ydelser aktiviteter, der har til formål at integrere personer, der har langvarige sundhedsproblemer eller handicap. For det fjerde omfatter de også sociale boliger, hvilket sikrer socialt dårligt stillede personer eller grupper en bolig."<sup>37</sup>

Slike ytelser, som ikke innebærer myndighetsutøvelse og som tilbys på et marked (ofte av ideelle organisasjoner) vil måtte betraktes som økonomiske. Derimot er imidlertid en rekke tjenester innenfor denne kategorien (selv om de må betraktes som økonomiske) eksplisitt unntatt fra direktivet, jf. art. 2.2 bokstav j) som nevner:

"sociale tjenesteydelser i forbindelse med sosialt boligbyggeri, barnepasning og støtte til familier og enkeltpersoner, som har permanent eller midlertidig behov herfor, utført av staten, av tjenesteydere med oppdrag fra staten eller av statsanerkendte velgørende organisasjoner."

Også andre sosiale tjenester, i alle fall så lenge de finansieres av det offentlige, vil sannsynligvis kunne anses som ikke-økonomiske etter de samme linjer som undervisningstjenester ble vurdert etter i Wirth-saken, sitert ovenfor.<sup>38</sup>

Derimot foreligger det betydelig praksis på at sosiale sikringsordninger vil kvalifisere som ikke-økonomiske tjenester, forutsatt at de er basert på solidaritet og at utbetalinger ikke er avhengig av innskudd. I Poucet et Pistre heter det:

"Sygekasserne eller de organer, der medvirker ved administrationen af den offentlige socialsikring, har en rent social funktion. Denne virksomhed bygger på princippet om national solidaritet og drives ikke med vinding for øje. De udbetalte ydelser er fastlagt i lovgivningen og er uafhængige af det beløb, der er betalt i bidrag.

Denne virksomhed er således ikke af økonomisk karakter..."<sup>39</sup>

Typisk vil også forsikringsordninger som har karakter av offentlige sikkerhetsnett falle utenfor tjenestebegrepet. Illustrerende i denne sammenheng er Freskot, som gjaldt en gresk naturskadeordning for landbruket.<sup>40</sup> Den lovregulerte naturskadeforsikringen ble ikke ansett som en økonomisk tjenesteytelse. Derimot ble lovgivningen ansett å representere en (lovlig) restriksjon på utlendingers frihet til å tilby slike forsikringstjenester.

Oppsummeringsvis må det være rimelig klart at flertallet av offentlige tjenester er økonomiske tjenester i EØS-avtalens forstand. Den tydeligste og mest entydige gruppen som faller utenfor Avtalen er tjenester som involverer offentlig myndighetsutøvelse.<sup>41</sup>

<sup>37</sup> L.c.

<sup>38</sup> Se også Nielsen, op.cit., s. 213.

<sup>39</sup> Forenede saker C-159/91 og C-160/91, Sml. 1993 s. I-637, prem. 18-19. Jf. dessuten sak C-218/00 INAIL, Sml. 2002 s. I-691, prem. 43-45 (yrkesskadeforsikring), og forenede saker C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01 AOK Bundesverband, Sml. 2004 s. I-2493, prem. 51-55.

<sup>40</sup> Sak C-355/00 Freskot, Sml. 2003 s. I-5263, prem. 51 ff.

<sup>41</sup> I samme retning Neergaard, op.cit., s. 89.

Utover dette synes det ikke mulig å gi en uttømmende abstrakt definisjon av ikke-økonomiske tjenester. Av andre tjenester er det først og fremst utdanning og visse obligatoriske sosiale sikringsordninger som faller utenfor tjenestereglens anvendelsesområde. Typiske sosiale tjenester som ytes direkte til brukere, som eldreomsorg, fritidstilbud til barn og unge, rusrehabilitering mv. vil være dekket av bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel. Betydningen av dette bør imidlertid ikke overdrives. EØS-retten er ikke til hinder for at det offentlige selv forestår slike tjenester, jf. nedenfor. En rekke slike tjenester er også eksplisitt unntatt fra tjenestedirektivet, jf. unntaket for sosiale tjenester i art. 2.2 bokstav j).

#### **4. Anvendelse av tjenestedirektivet på SGEI – betydning**

##### **4.1 Direktivets avgrensninger og øvrige EØS-regler**

Tjenester som iht. vurderingskriteriene ovenfor klassifiseres som ikke-økonomiske berøres verken av direktivet eller av EØS-avtalens hoveddel. Reglene i EØS-avtalens hoveddel, samt anskaffelsesdirektivene, vil imidlertid uavhengig av tjenestedirektivet legge føringer på tilbud, organisering og anskaffelser av SGEI. Denne betydningen kan sammenfattes som følger:

1. Der tjenester utføres av private, eller i samarbeid med det offentlige gjennom offentlig-privat samarbeid, vil tjenestereglene stille krav til åpenhet, gjennomsiktighet og likebehandling ved tildelingen.<sup>42</sup> Samtidig vil anskaffelsesreglene i mange tilfeller fastsette mer konkrete forpliktelser. Det ligger imidlertid ingen begrensninger på det offentliges adgang til selv å yte slike tjenester.
2. For det andre vil statsstøttereglene stille krav til kompensasjonen som ytes for slike tjenester, jf. bl.a. Altmark-saken.<sup>43</sup>
3. For det tredje vil begrensninger på adgangen til å yte slike tjenester (typisk der det er tildelt enerettigheter eller oppstilt kvalifikasjonskrav) måtte rettferdiggjøres etter læren om tvingende allmenne hensyn eller etter art 59(2).<sup>44</sup>
4. For det fjerde vil begrensninger på adgangen til å motta slike tjenester (typisk behandling i utlandet) måtte rettferdiggjøres etter læren om tvingende allmenne hensyn. I denne sammenheng er det relevante om tjenesten som mottas i utlandet anses som en økonomisk tjeneste, ikke om (den tilsvarende) tjenesten i mottagers hjemland er det.

SGEI er også omfattet av tjenestedirektivet så langt de ikke er eksplisitt unntatt. I arbeidsdokumentet "Progress since the 2004 White Paper on services of general interest" oppsummerer Kommisjonen som følger:

---

<sup>42</sup> Jf. generelt Kommisjonens tolkningsmeddelelse om tildeling av kontrakter utenfor anskaffelsesreglene, EFT 2006 C 179 s. 2.

<sup>43</sup> Sak C-280/00 Altmark Trans, Sml. 2003 s. I-7747.

<sup>44</sup> Noe Kommisjonen også fant grunn til å minne særskilt om i KOM(2006) 177 Kunngjøring om Iværksættelse af Fællesskabets Lissabon-program – Socialydelser af almen interesse i Den Europæiske Union, på s. 8: "Der bør ... mindes om, at de tjenesteydelser, der er udelukket fra anvendelsesområdet for direktivet om tjenesteydelser i det indre marked, stadig vil være underlagt disse regler og principper."

"services of general economic interest fall within the scope of application of the Services Directive as long as they are not explicitly excluded. Telecommunications, transport services, healthcare services, certain social services and audiovisual services are explicitly excluded from its scope (Article 2). For those services of general economic interest not excluded, the provisions of the Directive aiming at facilitating the freedom of establishment will allow Member States to take account of the specificities of services of general economic interest. In particular, the review and assessment of certain requirements under national law that Member States will have to carry out "should not obstruct the performance of the particular task assigned to services of general economic interest" (Article 15(4)). The Directive also provides that the specific rules in Article 16 on the free movement of services do not apply to services of general economic interest provided in another Member State (Article 17), in particular postal services, water supply, electricity and waste management."<sup>45</sup>

Poenget er således at direktivets regler om etableringsrett omfatter disse formene for tjenester, mens reglene om grenseoverskridende tjenesteytelse i art 16 ikke dekker SGEI som utføres i et annet land. Derimot gjelder forbudet mot visse restriksjoner på tjenestemottager, jf. art 19, og diskrimineringsforbudet i art 20, også for tjenester som utføres i utlandet og uavhengig av hvordan (den tilsvarende) tjenesten i mottagers hjemland klassifiseres.

Offentlige enerettigheter vil likevel ikke berøres av direktivet. For tjenester som faller innenfor Avtalens tjenestebegrep vil enerettigheter som tidligere kunne begrunnes etter art 59 nr. 2 eller læren omtvingende allmenne hensyn. På dette punkt innebærer direktivet således ikke endringer, jf. Art. 1 nr. 2 og 3:

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

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

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

Dette er utdypet i fortalens 8. betraktning:

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

Tjenstedirektivet vil heller ikke legge spesifikke føringer på offentlige innkjøp utover det som allerede følger av Avtalens hoveddel og anskaffelsesdirektivene.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> SEC(2007) 1515, s. 2.

<sup>46</sup> Jf. også fortalens 57. betraktning i.f.

#### 4.2 Nærmere om direktivreglene og betydning for offentlig tjenestetilbud

Direktivet kap III om etableringsregler får anvendelse på SGEI. Dette kapittelet har i liten grad blitt endret i forhold til det opprinnelige forslaget. Kapittelet regulerer for det første konsesjonsordninger, hvor art 9 oppstiller krav til slike. Bestemmelsen er i hovedsak en gjengivelse av domstolspraksis, der det kreves at konsesjonsordningen skal være ikke-diskriminerende, begrunnet i et tvingende allment hensyn samt være proporsjonal. Art. 10 stiller nærmere krav til vilkårene for å oppnå konsesjon, mens art 13 stiller krav til prosedyrer, bl.a. gjennom krav om svarfrist. Art 11 regulerer konsesjonens varighet, mens art 12 regulerer utvelgelse av søkere der det er tale om knapphetsgoder. Disse bestemmelser utgjør første del av kapittelet.

Kapittelets avdeling 2, dvs. art 14 og 15, oppstiller hhv. en liste over krav som ikke lovlig kan stilles og en liste over krav som skal evalueres. I det siste ligger at medlemsstatene skal undersøke om den nasjonale lovgivningen oppstiller slike krav, og i tilfelle skal det sørges for at de oppfyller krav om likebehandling, nødvendighet og proporsjonalitet, jf. art 15(3). Det er verdt å merke seg at art. 15(4) sier at bestemmelsen "finder kun anvendelse på lovgivningen om tjenesteydelser af almen økonomisk interesse, hvis anvendelsen af disse stykker ikke retligt eller faktisk hindrer de berørte tjenesteydere i at udføre den særlige opgave, der er tillagt dem." Art 15(4) representerer en gjengivelse av art 59(2).

De fleste forbudte krav i art 14 fremstår som ganske selvsagte, men det bør bemerkes at art 14(5) bl.a. forbyr å gjøre konsesjonen avhengig av at det er "markedsefterspørsmål" etter tjenesten.

Det følger av det som er sagt at direktivets bestemmelser om etableringsrett neppe vil ha særlig betydning for ytelse av SGEI utover det som allerede følger av EØS-avtalens hoveddel samt anskaffelsesdirektivene. Mest sentralt i forhold til hvilke krav som kan stilles til utenlandske tjenesteytere (herunder der det offentlige selv står som kjøper) er art 14.

Utover dette gjelder art 19 for restriksjoner som pålegges tjenestemottager i forbindelse med tjenesteytelser i andre EØS-land. Siden de strengere kravene til begrunnelser for restriksjoner i art 16 likevel ikke gjelder for SGEI, innebærer dette at restriksjoner etter art 19 fremdeles vil kunne rettfærdiggjøres etter den ulovfestede læren om tvingende allmenne hensyn.<sup>47</sup>

## 5. **Konklusjon**

Konklusjonen er at tjenstedirektivet har begrenset betydning for SGEI. Dette er også i tråd med det som antas mer generelt.<sup>48</sup> I forhold til SGEI er det først og fremst de

---

<sup>47</sup> Se nærmere Nielsen, op.cit., s. 222.

<sup>48</sup> Jf. notat til NHD "Virkingen av at opprinnelseslandsprinsippet er tatt ut av tjenstedirektivet" av Finn Arnesen, 22. juni 2006 samt Catherine Barnard: *The Substantive Law of the EU, The Four Freedoms*, 2nd ed 2007, s. 405-6: "In practice, the difference may well be one of emphasis rather than substance." En del polymessige implikasjoner for den nordsidke velferdsstaten er vurdert i

absolutte skrankene i art 14 som har konkret betydning. de strengere kravene i art 16 gjelder ikke for SGEI. Utover dette fremstår direktivet materielt sett i hovedsak som et en stadfesting og samling av hittidig rettspraksis på tjenesteområdet.