

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

Betenkning til

Nærings- og handelsdepartementet

Advokatfirmaet Hjort DA

Oslo, 3. mars 2008

Frode Elgesem

Ane Grimelid

1	INNLEDNING	3
1.1	Problemstilling og opplegg	3
1.2	Presiseringer og avgrensninger.....	4
1.3	Funn	4
2	NÆRMERE OM HVILKE TJENESTER SOM IKKE OMFATTES AV TJENESTEDIREKTIVET	5
2.1	Den ytre grensen: Betydningen av EF-traktatens og EØS-avtalens definisjon av ”tjenesteytelser”	5
2.2	Ytterligere avgrensninger.....	7
3	GENERELT OM DEN EØS-RETTLIGE TOLKNINGSSTIL – SÆRLIG OM TOLKING AV SEKUNDÆRLOVGIVNING	8
4	TJENESTEDIREKTIVETS GJENNOMSLAGSKRAFT FOR UTELATTE TJENESTER SOM OMFATTES AV ANNEN SEKUNDÆRLOVGIVNING	10
4.1	Nærmere om begrunnelsene for å unnta tjenester fra tjenstedirektivet.....	10
4.1.1	Tjenester som er unntatt fra direktivets generelle anvendelsesområde	10
4.1.2	Ytterligere unntak fra prinsippet om fri bevegelighet av tjenesteytelser.....	12
4.2	Tjenstedirektivets gjennomslagskraft for utelatte tjenester som er regulert av annen sekundærlovgivning – den konkrete vurderingen	14
4.3	Direktivets betydning for fremtidig sekundærlovgivning.....	16
5	DIREKTIVETS BETYDNING FOR TOLKNINGEN AV EØS-AVTALENS HOVEDDEL	16
5.1	Innledning	16
5.2	Analogisk anvendelse av direktiver – EF-domstolens praksis	17
5.2.1	Oversikt	17
5.2.2	Analogier fra sekundærlovgivning til traktat	19
5.3	Direktivets forhold til gjeldende fellesskapsrett.....	21
5.4	Vil tjenstedirektivets løsninger få betydning for utelatte tjenester?	23

1 INNLEDNING

1.1 Problemstilling og opplegg

Europaparlamentets og Rådets direktiv 2006/123/EF om tjenesteytelse i det indre marked (tjenstedirektivet) ble vedtatt 12. desember 2006. Formålet med direktivet er å etablere et reelt indre marked for tjenesteytelse, ved å fjerne rettslige og administrative barrierer for utvekslingen av tjenesteytelse EU-landene imellom. I direktivets artikkel 1(1), under overskriften "Genstand", heter det at direktivet

"(...) fastsetter de almindelige bestemmelser med henblik på at lette udøvelsen af etableringsfriheden for tjenesteydere samt den frie bevægelighed for tjenesteydelser og sikrer samtidig et højt kvalitetsniveau for tjenesteydelser."

Tjenstedirektivet omfatter både retten til fri etablering på andre medlemsstaters område, og til fri utveksling av tjenesteytelse. I tillegg til å inneholde en konkret, materiell regulering av disse frihetene (blant annet ved å oppstille lister over forbudte nasjonale krav og restriksjoner), har direktivet til dels detaljerte regler om administrativ forenkling og samarbeide mellom medlemsstatene.

Tjenstedirektivet oppstiller således en *generell rettslig ramme* for utvekslingen av tjenesteytelse i fellesskapet. Direktivet er bygget over et såkalt "*catch all*"-prinsipp, som innebærer at samtlige former for tjenester – så sant definisjonen i EF-traktatens artikkel 50, jf. EØS-avtalens artikkel 37 er oppfylt – i utgangspunktet er omfattet. For at en bestemt sektor eller en bestemt type tjenester skal falle utenfor direktivets anvendelsesområde, må følgelig denne være *særskilt unntatt* ved en egen bestemmelse.

Tjenstedirektivet inneholder to sett av bestemmelser som særskilt unntar enkelte tjenester fra direktivets anvendelsesområde. Artikkel 2(2) og 2(3) unntar en rekke tjenesteytelse fra direktivets generelle nedslagsfelt, mens artikkel 17 ("*Yderligere undtagelser fra den frie udveksling af tjenesteydelser*") unntar enkelte tjenesteformer og -sektorer fra bestemmelsen i artikkel 16 om fri bevegelse av tjenesteytelse.

Problemstillingen vi er bedt om å vurdere, er hvilken gjennomslagskraft tjenstedirektivets løsninger kan ha for tjenester som er unntatt fra direktivets anvendelsesområde. Dette er hovedsaklig et rettskildeproblem, hvor spørsmålet er om en henvisning til tjenstedirektivets løsninger vil ha relevans og vekt ved rettsanvendelse utenfor direktivets virkeområde. Et direktives løsninger vil kunne påvirke tolkingen av andre rettsakter på ulike måter og med ulik styrke. Et prinsipielt viktig spørsmål vil være om direktivet kan *gis analogisk anvendelse* på utelatte områder. Analogisk anvendelse av regler i direktiver eller andre rettsakter er for så vidt vel kjent fra EU- og EØS-retten, men berettigelsen av en slik løsning vil bero på en konkret vurdering. Generelt vil det være et tungtveiende argument *mot* analogisk anvendelse at en avgrensning av rettsaktens rekkevidde er gjort bevisst fra lovgivers side.¹

¹ Se f.eks. EFTA-domstolens dom i Sak E 1/01 *Einarsson mot Island*, pkt. 43, hvor analogisk anvendelse av TEU art. 6(3) ble avvist fordi utelatelsen fra EØS-avtalen måtte anses for å være "intentional".

”Lovgiver” i denne sammenheng er EØS-komiteen, i tillegg til de lovgivende organer i EU. EØS-komiteen vil vedta en tilpasningstekst sammen med vedtaket om å inkorporere direktivet i EØS-avtalen. Dette vil muligens gi EØS-komiteen et visst spillerom, og tilpasningsteksten vil binde EFTA-pillarens kontrollorganer (EFTAs overvåkningsorgan og EFTA-domstolen). Dette elementet har vi naturlig nok ikke kunnet ta hensyn til.

Den nærmere behandlingen av spørsmålet om tjenstedirektivets gjennomslagskraft for andre tjenester enn dem som er omfattet av direktivet, kan deles i to: (1) Direktivets betydning når den utelatte tjenesten reguleres av annen sekundærlovgivning og (2) direktivets betydning når den utelatte tjenesten reguleres av bestemmelsene om etableringsrett og fri bevegelighet av tjenester i EF-traktaten/EØS-avtalens hoveddel. I utredningen følger vi denne todelingen, slik at betydningen for annen sekundærlovgivning omtales i pkt. 4 og betydningen for tolkingen av EØS-avtalens hoveddel behandles i pkt. 5.

Før vi kommer så langt, er det imidlertid nødvendig å redegjøre nærmere for de konkrete avgrensningene som finnes i tjenstedirektivet og dessuten gi en kort, generell oversikt over den EØS-rettslige tolkingsstilen. Dette gjøres i henholdsvis pkt. 2 og 3 nedenfor.

1.2 Presiseringer og avgrensninger

Vårt oppdrag går ut på å gi en *generell* redegjørelse for tjenstedirektivets gjennomslagskraft for andre tjenester enn dem som er omfattet av direktivet. Vi kommer derfor ikke til å foreta noen systematisk gjennomgang av alle de ulike tjenester som er holdt utenfor direktivet. Utredningen holdes stort sett på et overordnet plan og må derfor leses med det forbehold at det vil kunne finnes andre løsninger ved en dypere analyse av konkrete tjenesteformer.

Analysen av rettskildespørsmål er krevende, særlig fordi problemstillingene ofte går på ”tvers” av tradisjonelle avgrensninger av rettsstoffet. Det er vanskelig å få oversikt over all relevant rettspraksis, og det utvalget av rettsavgjørelser som vi bruker i utredningen her kan sikkert suppleres med andre dommer. Vi kan ikke garantere at vi har fått med oss alt som kan kaste lys over problemstillingene.

Det må også understrekes at rettskildebruken og den rettsvitenskapelige metoden i EU/EØS-retten fremstår som forholdsvis usystematisk, og ikke så strukturert som det vi er tradisjonelt vant til fra norske domstoler. Rettsanvenderne i EU- og EFTA-pillarene bygger nok i mindre grad på *metoderegler* om blant annet selvstendig og relativ vekt. Dette medfører at det er vanskelig å gi noen helt presis fremstilling av EF-domstolens rettskildebruk og metode: Det er problematisk å forutsi utfallet av fremtidige tolknings- og rettsanvendelsesspørsmål uten forbehold.

1.3 Funn

Vår utredning viser at det er lite rom for å gi tjenstedirektivets løsninger gjennomslagskraft overfor utelatte tjenester som er dekket av annen sekundærlovgivning.

Når det gjelder tjenester som ikke er omfattet av andre direktiver eller forordninger, slik at omfanget av beskyttelsen må fastlegges direkte på grunnlag av traktaten, er situasjonen etter vårt syn 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 tjenstedirektivets 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 lite rom for analogier fra tjenstedirektivet til utelatte tjenester, kan man ikke se bort fra at tjenstedirektivet vil kunne ha en viss liberaliserende virkning på områder som er unntatt fra direktivet.

2 NÆRMERE OM HVILKE TJENESTER SOM IKKE OMFATTES AV TJENSTEDIREKTIVET

2.1 Den ytre grensen: Betydningen av EF-traktatens og EØS-avtalens definisjon av "tjenesteytelser"

Den ytre grensen for direktivets virkeområde følger avgrensningen av EF-traktaten og EØS-avtalens definisjon av "tjenesteytelser".

I henhold til tjenstedirektivets artikkel 2(1), får direktivet anvendelse på "*tjenesteydelser, der udføres af tjenesteydere, som er etableret i en medlemsstat.*" Begrepet "tjenesteytelse" er i artikkel 4(1) definert som

"enhver selvstændig erhvervsvirksomhed, der normalt udføres mod betaling, jf. traktatens artikel 50."

En "tjenesteyter" er videre definert på følgende måte, jf. artikkel 4(2):

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

Begrepet "tjenesteytelse" skal altså forstås på samme måte som det tilsvarende begrepet i EF-traktatens artikkel 50. Artikkel 50 EF har sin parallell i EØS-avtalens artikkel 37, som må tolkes på samme måte. Artikkel 37 lyder:

"Ved tjenester skal i denne avtale forstås tjenester som vanligvis ytes mot betaling, i den utstrekning de ikke kommer inn under bestemmelser om det frie varebytte og den frie bevegelse for kapital og personer.

Tjenester omfatter fremfor alt

- a) industriell virksomhet,*
- b) handelsvirksomhet,*
- c) håndverksvirksomhet,*
- d) virksomhet innen de frie yrker.*

Tjenesteyteren kan, i den hensikt å yte tjenesten i en stat, midlertidig utøve sin virksomhet der på samme vilkår som vedkommende stat fastsetter for sine egne statsborgere (...)."

Vurderingen av om en gitt aktivitet utgjør en "tjeneste" i EU/EØS-rettens betydning må avgjøres konkret i hvert enkelt tilfelle, basert på en gjennomgang av "samtlige virksomhedens egenskaper, navnlig den måte, hvorpå den utføres, tilrettelægges og finansieres i den pågældene medlemsstat." EF-domstolen har ved en rekke anledninger fastslått at begrepet må tolkes vidt, og at det således omfatter mer enn rent tradisjonell forretningsvirksomhet. Definisjonen innebærer at tjenesten må utgjøre en *økonomisk aktivitet*. Kjernen i begrepet ligger i vilkåret om at tjenesten *normalt utføres mot betaling*: I denne sammenheng er det likevel verdt å merke seg at EF-domstolen ikke har lagt avgjørende vekt på om det er mottakeren av ytelsen som står for betalingen.

Det har heller ikke avgjørende betydning om tjenesten er av en "spesiell natur", eller om den er ulovlig i vertsstaten (et annet spørsmål er selvfølgelig om medlemsstatene kan gjøre unntak fra etableringsretten og den fri bevegelseheten for slike tjenester begrunnet i allmenne hensyn – men dette er uten betydning i denne forbindelse).

På samme måte – og som en nødvendig konsekvens av bestemmelsen i artikkel 2(1) – heter det i tjenstedirektivets artikkel 2(2) bokstav a) at dette ikke får anvendelse på "ikke-økonomiske tjenesteydelser af almen interesse". Som omtalt i fortalens premiss 17:

"[Direktivet] omfatter kun tjenesteydelser, der udføres med en økonomisk motydelse. Tjenesteydelser af almen interesse er ikke omfattet af definitionen i traktatens artikel 50 og falder derfor ikke ind under dette direktivs anvendelsesområde." (vår understreking)

Vilkåret om en økonomisk motydelse (betalingskriteriet) har i EF-domstolens praksis særlig reist spørsmål om tjenestereguleringens anvendelse på nasjonale utdannings-, sosial- og helsesystemer. Dette er områder der tjenesteytelsene gjerne er finansiert ved offentlige midler. Således heter det i tjenstedirektivets fortale at

*"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 motydelse 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."*²

² Fortalens premiss 34.

Det følger dermed direkte av *avtalens* definisjon av ”tjenester” at blant annet undervisningstjenester innenfor rammen av det offentlige utdanningssystemet og driften av sosiale ”sikkerhetsnett” (nasjonale trygdesystemer, pensjonsordninger mv.), faller utenfor tjenstedirektivets anvendelsesområde.

Også andre former for tjenester vil kunne falle utenfor direktivets anvendelsesområde som følge av avgrensningen i artikkel 2(1) og 2(2) bokstav a). Det vil føre for langt i denne sammenheng å foreta en detaljert analyse av hvilke tjenestetyper som oppfyller det avgjørende betalingskriteriet i EF-traktatens artikkel 50, jf. EØS-avtalens artikkel 37: Dette vil også kunne variere mellom de ulike landene. Poenget her er at tjenester som etter en konkret vurdering basert på EF-domstolens praksis faller utenfor definisjonen i EF-traktaten artikkel 50 og EØS-avtalen artikkel 37, *heller ikke vil være omfattet av tjenstedirektivets anvendelsesområde*. Det fremgår klart av direktivets egen definisjon av ”tjenesteytelser” i artikkel 4(1) og fortalens betraktninger om dette, at direktivet ikke søker å utvide sitt nedslagsfelt ut over de yttergrensene som allerede følger av EF-traktatens, og dermed EØS-avtalens, tjensteregler.

Omvendt kan heller ikke tjenstedirektivet medføre at tjenester som ikke oppfyller betalingskriteriet, og dermed faller utenfor reglene om frihet til å tilby tjenester i EF-traktatens artikkel 50 og EØS-avtalens artikkel 37, likevel blir påvirket av direktivets løsninger ved analogisk anvendelse av disse. I EU-retten er det sikker rett at bestemmelser gitt med hjemmel i EF-traktaten – slik som tjenstedirektivet – ikke kan danne grunnlag for regler som er i strid med hva som følger av traktaten selv, med mindre hjemmelsbestemmelsen selv åpner for dette. I *Kommisjonen mot Rådet*³ uttalte EF-domstolen således at

”(…) når en bestemmelse i den afledte fællesskabsret kan fortolkes på flere måder, bør den fortolkning, der bringer bestemmelsen i overensstemmelse med traktaten, lægges til grund frem for den, som medfører at bestemmelsen må anses for uforenlig med denne.”⁴

Med andre ord: Tjenstedirektivet kan ikke ”bringe inn igjen” tjenester i EU-rettens virkeområde som er unntatt i medhold av EF-traktaten. Tilsvarende må gjelde i forhold til EØS-avtalen og en eventuell innlemmelse av tjenstedirektivet i dennes vedlegg.⁵

2.2 Ytterligere avgrensninger

Tjenstedirektivet inneholder videre to sett av bestemmelser som særskilt unntar enkelte tjenester fra dets anvendelsesområde:

For det første unntar artikkel 2(2) og 2(3) visse tjenesteytelser *fra direktivets generelle anvendelsesområde*. I tillegg til ikke-økonomiske tjenesteytelser av allmenn interesse (artikkel 2(2) bokstav a), er følgende tjenester unntatt fra tjenstedirektivets anvendelsesområde i medhold av

³ Sak 218/82 *Kommisjonen mot Rådet*, Sml. 1983 s. 4063.

⁴ Premiss 15.

⁵ Etter EØS-avtalens artikkel 119 utgjør vedleggene ”en integrert del” av avtalen. Av St. prp. nr. 100 (1991-92) fremgår det at dette medfører at bestemmelsene inntatt i vedleggene er en del av avtalen ”på linje med” bestemmelsene i avtalens hoveddel. Dette kan forstås slik at bestemmelsene befinner seg på samme nivå: Det kan imidlertid ikke være tvil om at homogenitetsmålsetningen medfører at eventuelle konflikter mellom bestemmelser i avtalens hoveddel og bestemmelser i vedleggene løses etter de samme prinsipper som i EU-retten. Se Sejersted [et. al.] s. 211.

artikkel 2(2): Finansielle tjenester (bokstav b), elektroniske kommunikasjonstjenester og –nettverk (bokstav c – heretter benevnt ”ekom-tjenester”), tjenester på transportområdet (bokstav d), tjenester utført av vikarbyråer (bokstav e), helsetjenester (bokstav f), audiovisuelle tjenester (bokstav g), tjenester på pengespillområdet (bokstav h), sosiale tjenester (bokstav j), private vaktjenester (bokstav k) og tjenester utført av offentlig utnevnte notarer og fogder (bokstav l). I tillegg er virksomhet forbundet med utøvelse av offentlig myndighet, jf. EF-traktatens artikkel 45 (jf. EØS-avtalens artikkel 32) og hele skatte- og avgiftssektoren unntatt etter henholdsvis bokstav i) og artikkel 2(3).

For det andre unntar artikkel 17 (”Yderligere undtagelser fra den frie udveksling av tjenesteydelser”) en del tjenester fra artikkel 16 om fri bevegelse av tjenesteytelser. Artikkel 16 om fri bevegelse av tjenester, er den bestemmelsen som fastslår tjenesteytternes rett til uhindret å yte tjenester i et annet medlemsland enn etableringsstaten:

”Medlemsstaterne respekterer tjenesteyderes rett til at utføre tjenesteydelser i en annen medlemsstat end den, de er etablert i.

Den medlemsstat, hvor tjenesteydelsen utføres, sikrer fri adgang til at optage eller udøve servicevirksomhed på dens område.”

Artikkel 17 inneholder til sammen nitten særskilt opplistede unntak fra retten til fri utveksling av tjenesteytelser. Fjorten av disse medfører unntak for bestemte tjenesteformer *som sådan*, mens fem kun omhandler visse materielle eller administrative *krav og bestemmelser* (d.v.s. bestemmelser kan gjøres gjeldende av vertsstaten uavhengig av tjenstedirektivets artikkel 16).

En nærmere analyse av unntakene fra materielle eller administrative *krav og bestemmelser* faller utenfor vårt oppdrags ramme, og vil ikke bli behandlet i det følgende.

3 GENERELT OM DEN EØS-RETTLIGE TOLKNINGSSTIL – SÆRLIG OM TOLKING AV SEKUNDÆRLOVGIVNING

Tolking av EØS-avtalen stiller rettsanvenderen overfor problemstillinger som ikke i vesentlig grad avviker fra dem han eller hun stilles overfor der det er innholdet av norske rettsregler som skal avklares.⁶ 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. I tillegg har formålsbetraktninger, herunder hensynet til en effektiv gjennomføring av traktatens rettigheter, tradisjonelt spilt en viktig rolle i utviklingen av EF-retten. EF-domstolen har dessuten utviklet en lære om EF-rettens grunnleggende prinsipper, som også – med noen forbehold for EØS-rettens særlige karakter – er videreført i EØS-retten.

EF-domstolens tolkingspraksis vil være forbildet og rettesnor også for EFTA-domstolen. For EFTA-domstolen vil dessuten EF-domstolens materielle rettspraksis i seg selv være en tungtveiende rettskilde. 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.

⁶ Fredrik Sejersted [et. al.]: EØS-rett 2. utgave, Oslo 2004, s. 231.

Et grunnleggende rettskildesprinsipp i EØS-retten er prinsippet om homogenitet. EU-rettslig sekundærlovgivning innlemmet i EØS-avtalen skal altså, på samme måte som bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel, tolkes tilsvarende som i EU-retten. Dette følger av hovedmålsetningen med EØS-avtalen som uttrykt i artikkel 1, nemlig ensartede regler i hele EØS. I avtalens fortale heter det blant annet at

”avtalepartenes formål (...) er å nå frem til og opprettholde en lik fortolkning og anvendelse av [avtalen] og de bestemmelser i Fellesskapets regelverk som i det vesentlige er gjengitt i denne avtale, og å nå frem til lik behandling av enkeltpersoner og markedsdeltagere med hensyn til de fire friheter og konkurransevilkårene.”⁷

Homogenitetsprinsippet har fått et særskilt uttrykk i EØS-avtalens artikkel 6, der det heter at

”Ved gjennomføringen og anvendelsen av bestemmelsene i denne avtale, og med forbehold for den fremtidige utvikling av rettspraksis, skal bestemmelsene, så langt de er identiske med de tilsvarende regler i Traktaten om opprettelse av Det europeiske økonomiske fellesskap og Traktaten om opprettelse av Det europeiske kull- og stålfellesskap og med rettsakter som er vedtatt i henhold til de to traktatene, fortolkes i samsvar med de relevante rettsavgjørelser som De europeiske fellesskaps domstol har truffet før undertegningen av denne avtale.”

I praksis vil *all* relevant praksis fra EF-domstolene – også dommer avsagt etter undertegningen av EØS-avtalen – være viktige kilder for EFTA-domstolen. Dommer fra EF-domstolen vil vanligvis uten videre legges til grunn som uttrykk også for gjeldende EØS-rett.

Når det gjelder tolkningen av sekundærlovgivning (direktiver og forordninger) mer spesielt, må denne ta utgangspunkt i de aktuelle bestemmelsenes *ordlyd*. Rettsakten kan ha ulike språkversjoner, som enkelte ganger må sammenholdes for å komme frem til en riktig tolking.

Videre har rettsaktenes *fortaler* betydning, og da gjerne som argument for hva som er formålet med en regulering. For EØS-avtalen gjelder det imidlertid særlige regler om bruken av fortaler: I protokoll 1, punkt 1 til avtalen heter det at ”innledningen” til rettsakter innlemmet i EØS

”er relevante i den utstrekning de er nødvendige for en riktig fortolkning og anvendelse av rettsaktenes bestemmelser innenfor avtalens ramme.”

Bakgrunnen for bestemmelsen er at sekundærlovgivningen inntatt i vedleggene til EØS-avtalen opprinnelig er gitt innenfor rammene av EU-retten, et system som på noen punkter har andre kjennetegn og målsettinger enn EØS-avtalen. Det er imidlertid ikke ofte at disse forskjellene kommer på spissen, og *hovedregelen* må være at rettsaktenes fortaler – på samme måte som i EF-retten – skal tillegges tolkningsmessig betydning i EØS-sammenheng.

Også *forarbeidene* til sekundærlovgivning kan i enkelte tilfeller ha tolkningsmessig betydning. Både EF-domstolen og Generaladvokaten viser nå og da til forarbeidene til forordninger og direktiver, selv

⁷ Fortalens premiss 16.

om dette ofte fremstår som noe "tilfeldig". Noe av bakgrunnen for beskjedne bruk av forarbeider er at de tilgjengelige dokumentene gjerne skriver seg fra så tidlige stadier i lovgivningsprosessen at deres veiledning er begrenset, samt at de endelige forhandlingene i Rådet ikke publiseres.

Selv om vi i dag kan se indikasjoner på at EF- og EFTA-domstolen gjør større bruk av forarbeider enn tidligere,⁸ er det fortsatt langt igjen til forarbeidsbruken er på linje med den man tradisjonelt har funnet hos f.eks. norske domstoler. Det kan like fullt være av rettskildemessig betydning å konsultere forarbeidene til sekundærlovgivning, særlig hva angår forholdsvis ny lovgivning som ennå ikke er blitt gjort til gjenstand for videre domstolsbehandling.

4 TJENESTEDIREKTIVETS GJENNOMSLAGSKRAFT FOR UTELATTE TJENESTER SOM OMFATTES AV ANNEN SEKUNDÆRLOVGIVNING

4.1 Nærmere om begrunnelsene for å unnta tjenester fra tjenstedirektivet

De konkrete begrunnelsene for å unnta tjenester fra tjenstedirektivet, må antas å ha betydning for spørsmålet om direktivet kan ha betydning for den relevante sekundærlovgivningen. Vi vil derfor innledningsvis gå noe nærmere inn på dette, før vi i pkt. 4.2 nedenfor går inn på vurderingen av den konkrete rettskildemessige betydningen av tjenstedirektivets gjennomslagskraft for utelatte tjenester som omfattes av annen sekundærlovgivning.

4.1.1 Tjenester som er unntatt fra direktivets generelle anvendelsesområde

Det vises til pkt. 2.2 ovenfor, hvor unntakene fra direktivets generelle anvendelsesområde er listet opp. Av disse unntakene er de finansielle tjenestene, ekom-tjenestene og, til en viss grad, tjenestene på skatte- og avgiftsområdet dekket av annen sekundærlovgivning.

Artikkel 2(2) bokstav b) om *finansielle tjenester* henviser til listen over tjenesteytelser i bilag I til direktiv 2006/48/EF om adgangen til å oppta og utøve virksomhet som kredittinstitutt. Unntaket er omhandlet i premiss 18 av tjenstedirektivets fortale, der det heter at

"Finansielle tjenesteydelser bør udelukkes fra dette direktivs anvendelsesområde, da denne form for virksomhet er omfattet av spesifik fællesskabslovgivning, der ligesom dette direktiv sigter mod at gennemføre et ægte indre marked for tjenesteydelser. Denne udelukkelse bør derfor omfatte alle finansielle tjenesteydelser (...), herunder de tjenesteydelser, der er anført i bilag I til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/48/EF af 14. juni 2006 om adgang til at optage og udøve virksomhed som kreditinstitut."

⁸ Fredrik Sejersted [et. al.]: EØS-rett 2. utgave, Oslo 2004, s. 213. Et eksempel på forarbeidsbruk ved direktivtolkning finner vi i sak C-324/98 *Telaustria*, Sml. 2000 s. I-10745, der EF-domstolen gjorde forholdsvis omfattende bruk av forarbeidene.

Bakgrunnen for unntaket for finansielle tjenester er altså at dette området er omfattet av annen spesifikk fellesskapslovgivning, som i likhet med tjenstedirektivet søker å etablere et reelt indre marked for tjenester.

Tilsvarende blir unntaket for *ekom-tjenester* i direktivets artikkel 2(2) bokstav c) – som henviser til den ”lovgivningspakken” som ble vedtatt på ekom-området i 2002 – omtalt på følgende måte i fortalen:

”Da der i 2002 blev vedtaget en række lovgivningsinstrumenter vedrørende elektroniske kommunikationstjenester og -netværk og tilhørende faciliteter og tjenesteydelser, som opstillede en reguleringsmæssig ramme med henblik på at lette adgangen til disse former for virksomhed i det indre marked, især gennem afskaffelse af de fleste ordninger for individuel tilladelse, er det nødvendigt at udelukke spørgsmål, der er behandlet i disse instrumenter, fra dette direktivs anvendelsesområde.”⁹

Begrunnelsen for unntaket er således mer eller mindre tilsvarende som bakgrunnen for unntaket for finansielle tjenester. Hva ekom-tjenestene angår er det også verdt å merke seg kommentaren i fortalens premiss 20 om tjenstedirektivets anvendelse på spørsmål underlagt medlemsstatenes skjønn:

”De udelukkelse fra dette direktivs anvendelsesområde, der angår spørsmål om elektroniske kommunikationstjenester (...) bør ikke kun gælde for spørsmål, der specifikt behandles i de pågældende direktiver, men også spørsmål, for hvilke medlemsstaterne i henhold til udtrykkelige bestemmelser i direktiverne kan vedtage visse foranstaltninger på nationalt plan.”

Det fremgår altså uttrykkelig at områder hvor medlemsstatene i medhold av ekom-sekundærlovgivningen kan treffe visse – potensielt restriktive – tiltak på nasjonalt plan, *ikke* er omfattet av tjenstedirektivets krav. Dette er en naturlig følge av de særskilte hensynene som gjør seg gjeldende, og som også har begrunnet spesiallovgivningen for ekom-tjenestene.

Endelig heter det om unntaket for *skatte- og avgiftsområdet*, jf. direktivets artikkel 2(3), i fortalens premiss 29:

”Da traktaten indeholder specifikke bestemmelser som retsgrundlag for skatter og afgifter, og da der allerede er vedtaget fællesskabsinstrumenter på dette område, er det nødvendigt at udelukke skatter og afgifter fra dette direktivs anvendelsesområde.”

Den EU-rettslige skatte- og avgiftsharmoniseringen faller utenfor EØS-avtalen. Sekundærlovgivningen vedtatt av EUs organer på dette området er således ikke innlemmet i EØS-avtalens vedlegg, og gjelder dermed heller ikke for EFTA-landene. Samtidig er det sikker rett at EFTA-statene må overholde EU/EØS-rettens *grunnleggende regler* ved utformingen og anvendelsen av sine skatte- og avgiftsregler, herunder reglene om fri etableringsrett og fri bevegelse av tjenester.

Det reiser seg dermed et spørsmål om det forhold at det ikke finnes EØS-rettslige harmoniseringsbestemmelser for skatte- og avgiftsområdet, medfører at tjenstedirektivets løsninger –

⁹ Fortalens premiss 19.

som jo nettopp tilsikter en harmonisering på fellesskapsplan – kan gis ”analogisk anvendelse” på EØS-avtalens bestemmelser om etableringsrett og fri utveksling av tjenesteytelser når disse anvendes på skatte- og avgiftssektoren. En slik argumentasjon kunne baseres på det synspunkt at når det ikke er vedtatt særskilt skatte- og avgiftsmessig sekundærlovgivning for EØS, faller også grunnlovgivningen for å unnta denne sektoren fra tjenstedirektivets anvendelsesområde – som jo nettopp er at rettsområdet allerede er harmonisert – bort. Dette kan imidlertid etter vårt syn klart avvises: En slik løsning ville for det første kunne lede til en ulik rettstilstand hva angår skatte- og avgiftsområdet i EU og EØS, noe som ville være direkte i strid med det EØS-rettslige rettshomogenitetsprinsippet. For det andre ville argumentasjonen medføre at man i praksis omgikk beslutningen ved EØS-avtalens undertegnelse om at skatte- og avgiftsretten ikke skulle være underlagt harmonisering på EØS-plan.

4.1.2 Ytterligere unntak fra prinsippet om fri bevegelighet av tjenesteytelser

Det vises til pkt. 2.2 ovenfor hvor det er redegjort for de ytterligere unntakene i tjenstedirektivets artikkel 17. Også her skal vi se nærmere på utelatte tjenester som er omfattet av *annen sekundærlovgivning*.

Det første særskilte unntaket i denne kategorien er artikkel 17(1) bokstav a) om tjenesteytelser i postsektoren. Bestemmelsen viser til direktiv 97/67/EF om felles regler for utvikling av fellesskapets indre marked for posttjenester og forbedring av disse tjenestenes kvalitet. Av premiss 84 i tjenstedirektivets fortale fremgår det for øvrig at unntaket skal omfatte både posttjenester forbeholdt en forsyningspliktig virksomhet, og øvrige posttjenester.

Videre er tjenester i elektrisitets- og gassektoren unntatt i medhold av artikkel 17(1) bokstav b) og c). Begge bestemmelsene viser til EU-rettslig sekundærlovgivning, henholdsvis direktiv 2003/54/EF om felles regler for det indre marked for elektrisitet og direktiv 2003/55/EF om felles regler for det indre marked for naturgass. Enn videre unntas tjenester omfattet av direktiv 95/46/EF om beskyttelse av personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger (artikkel 17 tredje ledd), forordning (EØF) nr. 259/93 om overvåking og kontroll med overføring av avfall innen, til og fra fellesskapet (artikkel 17 tiende ledd), direktiv 87/54/EØF og direktiv 96/9/EF om tjenesteelementer innen opphavsrett og beslektede rettigheter (artikkel 17 ellefte ledd) og direktiv 2006/43/EF om lovpålagt revisjon av årsregnskaper og konsoliderte regnskaper (artikkel 17 trettende ledd).

Endelig er områder omfattet av direktiv 77/249/EØF om advokaters frie utveksling av tjenesteytelser, og tjenester omfattet av del II i direktiv 2005/36/EF om anerkjennelse av faglige kvalifikasjoner, unntatt i medhold av artikkel 17 (4) og (6).

Om unntaksbestemmelsen i tjenstedirektivets artikkel 17 *som helhet* heter det i fortalens premiss 83:

”Det er nødvendig at sikre, at bestemmelsen om fri utveksling af tjenesteydelser kun kan fraviges på områder, der er omfattet af undtagelser. Sådanne undtagelser er nødvendige for at tage hensyn til det indre markeds integrationsstadium eller til visse

fællesskabsinstrumenter vedrørende tjenesteydelser, ifølge hvilke en tjenesteyder er omfattet af en anden lov end etableringsmedlemsstatens. (...)

Vi ser at unntakene fra direktivets artikkel 16 om fri bevegelighet av tjenesteytelser er noe annerledes begrunnet enn unntakene fra tjenstedirektivets generelle anvendelsesområde, jf. pkt. 4.1.1 ovenfor. Det er hensynet til graden av integrering på visse områder, samt hensynet til at noen rettsakter åpner for at tjenesteytingen ikke bare skal reguleres av lovgivningen der tjenesteyter er etablert, som er avgjørende. Unntaksbestemmelsen har røtter tilbake i lovhistorien hvor det var foreslått å ta inn opprinnelseslandsprinsippet i en mer rendyrket form.

Bakgrunnen for unntakene i direktivets artikkel 17 er nærmere utdypet i kommentarene til Kommissjonens første forslag til tjenstedirektiv av 13. januar 2004 (førsteforslaget).¹⁰ Selv om opprinnelseslandsprinsippet i førsteforslaget senere fikk et mer avdempet uttrykk, er forslaget interessant i vår sammenheng fordi samtlige av de ovenfor nevnte tjenesteområdene også *opprinnelig* var unntatt fra artikkel 16. Det fremkommer ingen opplysninger av det etterfølgende direktivforslaget av 4. april 2006 (aprilforslaget), eller av den mellomliggende behandlingen i Europaparlamentet, som tilsier at begrunnelsen for unntakene ble endret underveis, ut over det som følger av at opprinnelseslandsprinsippet fikk et mer avdempet uttrykk. Det er grunn til å understreke at skiftet fra opprinnelseslandsprinipp til "tjenesteytelsesrett" i direktivets artikkel 16 i det alt vesentlige var av konseptuel karakter.¹¹

Av førsteforslagets kommentardel punkt 7 bokstav j) ("*Hvorfor finder oprindelseslandsprincippet ikke anvendelse på visse områder og visse former for virksomhed (artikel 17)?*") fremgår det at unntakene fra direktivets artikkel 17 er fastsatt ut fra to hensyn. Om det første hensynet, benevnt "*Den gældende fællesskabsret*", heter det at

"Nogle af undtagelserne skyldes, at der i eksisterende fællesskabsinstrumenter findes en regel om, at en grænseoverskridende tjenesteydelse kan være underlagt lovgivningen i bestemmelseslandet. Da denne regel er i direkte modstrid med direktivets artikel 16, er det nødvendigt med undtagelser for at sikre sammenhængen med denne gældende fællesskabsret. (...)

På andre områder reguleres den frie udveksling af tjenesteydelser allerede af fællesskabsinstrumenter, der er baseret på en særlig fremgangsmåde i forhold til den, der er fastsat i dette direktiv, hvilket berettiger undtagelsesbestemmelser (...)."

Av tjenesteområder unntatt på bakgrunn av dette hensynet nevner Kommissjonen spesielt områder omfattet av forordning (EØF) nr. 259/93 om overføring av avfall, og direktiv 95/46/EF om fri utveksling av personopplysninger. Mens førstnevnte område er unntatt fordi det der gjelder "lovvalsregler" som avviker fra opprinnelseslandsprinsippet, er sistnevnte omfattet av "særlige fremgangsmåter" som fraviker tjenstedirektivets løsninger. I tillegg nevner Kommissjonen "*visse*

¹⁰ KOM (2004) 2 endelig.

¹¹ Jf. Finn Arnesens utredning *Virkningen av at opprinnelseslandsprinsippet er tatt ut av tjenstedirektivet*, foretatt for Nærings- og handelsdepartementet våren 2006.

instrumenter vedrørende (...) anerkendelse af kvalifikationer” som eksempel på områder som bør unntas etter dette hensynet.

Det andre hensynet bak unntaksbestemmelsene i artikkel 17 er omtalt som ”*Forskellene i de nationale ordninger*”. Hensynet er omtalt på følgende måte av Kommisjonen:

”For visse former for virksomhed eller visse områder er der fortsat for stor forskel mellem de nationale fremgangsmåder, eller integrationsniveauet på fællesskabsplan er utilstrækkeligt, så oprindelseslandsprincippet ikke kan anvendes. Med direktivet harmoniseres der, i det omfang det er muligt, eller der foreskrives en styrkelse af det administrative samarbejde med henblik på at skabe den gensidige tillid, der er nødvendig for at kunne anvende oprindelseslandsprincippet. I nogle tilfælde er det dog ikke muligt på nuværende stadium at foretage en sådan harmonisering i dette direktiv eller at etablere et sådant samarbejde, og derfor er det nødvendigt at fastsætte undtagelsesbestemmelser.”

Av tjenesteformer unntatt som følge av dette ”integrasjonshensynet” nevnes særlig posttjenester og tjenesteytelser i elektrisitets- og gasssektoren, samt virksomhet vedrørende opphavsrett, intellektuell eiendomsrett mv.

4.2 Tjenstedirektivets gjennomslagskraft for utelatte tjenester som er regulert av annen sekundærlovgivning – den konkrete vurderingen

På områder hvor lovgiver bevisst har valgt å holde visse områder utenfor, vil det ha formodningen mot seg at tjenstedirektivets løsninger skal ha særlig gjennomslagskraft for utelatte tjenester. Sekundærlovgivningen på et bestemt område er dessuten ofte gitt nettopp fordi det aktuelle området har enkelte kjennetegn som rettfærdiggjør særskilt regulering. Lovgivningen er dermed tilpasset disse kjennetegnene. De løsningene som er valgt i annen fellesskapslovgivning – særlig i en generell og allmenn rettsakt som tjenstedirektivet – er ikke nødvendigvis egnet som tolkningsmoment eller grunnlag for analogier.

Dette argumentet synliggjøres til en viss grad i begrunnelsen for at finansielle tjenester, ekom-tjenester og hele skatte- og avgiftssektoren er unntatt fra tjenstedirektivets anvendelsesområde. Ved alle disse tjenestetypene gjør det seg gjeldende spesielle karakteristika som ikke er hensyntatt ved utformingen av det generelle tjenstedirektivet. Det fremgår da også klart av de siterte uttalelsene i direktivets fortale at de nevnte tjenestesektorene er unntatt *fordi* det er vedtatt annen *spesifikk fellesskapslovgivning* på området, *som også sikter mot å etablere et reelt indre marked for tjenester*. Som det store utgangspunkt vil det da ikke være grunnlag for å gi tjenstedirektivets løsninger analogisk anvendelse på disse sektorene.

Når det derimot gjelder unntakene fra direktivets artikkel 16 om tjensteyteres rett til å utføre grenseoverskridende tjenesteytelser, er disse *ikke* begrunnet i at harmoniseringen av sektorene allerede er ivarettatt gjennom de aktuelle fellesskapsinstrumentene. Tvert imot er unntakene snarere begrunnet i *fraværet av de nødvendige forutsetninger for harmonisering* – enten ved at sekundærlovgivningen som dekker sektorene har bestemmelser som avviker fra opprinnelseslandsprincippet, eller ved at den EU-

rettslige integrasjonen ennå ikke er på et tilstrekkelig nivå. En slik begrunnelse kan for så vidt miste sin berettigelse over tid, ettersom samarbeidet utdypes også på disse områdene. I så fall kan det ligge bedre til rette for analogisk anvendelse av direktivets løsninger.¹²

Tjenestedirektivet har imidlertid regulert forholdet i artikkel 3 (*"Forbindelse med fællesskabsrettens øvrige bestemmelser"*). Bestemmelsens første ledd lyder som følger:

"Hvis bestemmelserne i dette direktiv strider mod en bestemmelse 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. (...)"

Bestemmelsen nevner direktiv 96/71/EF om utstasjonering av arbeidstakere, forordning (EØF) nr. 1408/71 om arbeidstakere og deres familiemedlemmer, direktiv 89/552/EØF om TV- og radiospredningsvirksomhet og direktiv 2005/36/EF om anerkjennelse av faglige kvalifikasjoner som eksempler på rettsakter som vil gå foran tjenestedirektivets løsninger. Artikkel 3 er imidlertid etter sin ordlyd helt *generell*, og regulerer således samtlige konflikter som kan oppstå mellom tjenestedirektivet og annen sekundærlovgivning. Ved å være plassert i direktivets kapittel I med *"Almindelige bestemmelser"*, får bestemmelsen også anvendelse på artikkel 16 og 17 om fri bevegelighet av tjenester.

I tilfelle av konflikt gir altså direktivets artikkel 3 *forrang* til annen sekundærlovgivning som regulerer *"særlige aspekter"* av adgangen til eller utøvelsen av tjenestevirksomhet innen *"særlige områder"* eller *"særlige erverv"*. Bestemmelsen er omtalt på følgende måte i tjenestedirektivets fortale:

*"Den gældende fællesskabsret om servicevirksomhed er allerede meget omfattende. Dette direktiv bygger på og kompletterer derved gældende fællesskabsret. Konflikter mellem dette direktiv og andre fællesskabsinstrumenter er identificeret og omhandlet i dette direktiv, bl.a. ved hjælp af undtagelser. Det er dog nødvendigt at fastsætte en regel for eventuelle yderligere tilfælde og undtagelsestilfælde, hvor der er en konflikt mellem en bestemmelse i dette direktiv og en bestemmelse i et andet fællesskabsinstrument....."*¹³ (vår understreking)

I Kommisjonens førsteforslag til direktiv var konfliktbestemmelsen i artikkel 3 gitt en litt annen utforming. Her het det at

"Anvendelsen av dette direktiv udelukker ikke anvendelsen af bestemmelserne i andre fællesskabsinstrumenter vedrørende de tjenesteydelser, disse instrumenter gjelder for."

Europaparlamentet fant imidlertid ved sin gjennomgang av førsteforlaget at denne formuleringen var for upresis:

¹² Se også nedenfor under pkt. 5.2.1.

¹³ Fortalens premiss 30.

*"This Directive should apply only when there are no specific provisions of Community law governing specific aspects of access to and the exercise of a service activity in specific sectors or of specific professions."*¹⁴

Kommisjonen godtok den strengere ordlyden, og innlemmet således den nå gjeldende bestemmelsen i direktivet.

Tjenestedirektivets artikkel 3 – forstått etter sin ordlyd og på bakgrunn av Europaparlamentets betraktninger og fortalen – synes således i utgangspunktet å forutsette at samtlige regelkonflikter mellom direktivet og annen sekundærlovgivning er tatt høyde for i direktivets tekst, *herunder ved bruk av unntaksbestemmelser*. Dersom "uforutsette" konflikter skulle oppstå, vil imidlertid den generelt utformede konfliktløsningsmekanismen i artikkel 3 regulere dette ved å gi den særlige sekundærlovgivningen forrang.

På denne bakgrunn synes det å være lite rom for å gi tjenestedirektivets løsninger analogisk anvendelse på tjenester som er dekket av annen sekundærlovgivning.

4.3 Direktivets betydning for fremtidig sekundærlovgivning

Selv om tjenestedirektivet etter vår oppfatning trolig ikke vil ha særlig innvirkning på tolkningen av eksisterende sekundærlovgivning, er det verdt å nevne at direktivets (politiske) betydning ved utformingen av fremtidig fellesskapslovgivning – også for tjenester som er unntatt direktivets anvendelsesområde (enten generelt eller med hensyn til retten til fri tjenesteutveksling) – trolig vil kunne bli noe større. Med mindre helt særegne forhold ved det enkelte tjenesteområde tilsier avvikende løsninger (noe som i tilfelle vil fanges opp av konfliktløsningsmekanismen i tjenestedirektivets artikkel 3), vil sannsynligvis tjenestedirektivets karakter av harmoniseringsinstrument på tjenesteområdet 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.

5 DIREKTIVETS BETYDNING FOR TOLKNINGEN AV EØS-AVTALENS HOVEDDEL

5.1 Innledning

Problemstillingen i dette avsnittet er hvilken betydning tjenestedirektivets løsninger kan ha for tjenester som er unntatt fra direktivets anvendelsesområde (generelt eller med hensyn til retten til frie tjenestebevegelser i artikkel 16), men som likevel er omfattet av bestemmelsene om fri etableringsrett og fri bevegelighet av tjenester i EØS-avtalens artikkel 31 og 36 (jf. EF-traktatens artikkel 43 og 49). Med andre ord er spørsmålet hvilken innvirkning tjenestedirektivets bestemmelser kan ha ved tolkningen av EØS-avtalens hoveddel.

¹⁴ COM(2004)0002, premiss 36.

På denne bakgrunn er det for vårt formål hensiktsmessig å skille mellom de ulike grupper av bestemmelser som tjenstedirektivet inneholder. Som nevnt innledningsvis oppstiller direktivet både *materielle krav* angående etableringsretten og den frie bevegelse av tjenester (kapittel III og IV – og til en viss grad også kapittel V om ”*Tjenesteydelsernes kvalitet*”), og *prosessuelle/administrative krav* vedrørende administrativ forenkling og samarbeid mellom medlemsstatene (kapittel II og kapittel VI).

Videre er det nødvendig å sondre mellom områder der tjenstedirektivet innebærer (1) en *kodifisering* av gjeldende rett om fri etablering og fri bevegelse av tjenester, (2) en *utvidelse* av denne retten (i form av en utvidelse av borgernes rettigheter) og (3) en ”*innsnevring*” (i form av økt reguleringsfrihet for statene og innskrenket næringsfrihet for borgerne). Det er antatt en *utvidelse* av medlemsstatenes rettigheter i form av at sekundærlovgivningen gir anvisning på hensyn som kan påberopes som grunnlag for reguleringer, vil kunne få analogisk anvendelse fordi dette er hensyn som er uttrykkelig anerkjent av fellesskapslovgiver. Dersom innstramming av medlemsstatens reguleringsfrihet har en ”*motytelse*” i den aktuelle sekundærlovgivningen, vil løsningen ikke være relevant utenfor direktivets nedslagsfelt.¹⁵ Det vil falle utenfor denne utredningens mandat å foreta en detaljert analyse av disse spørsmålene, men en generell og oversiktsbasert vurdering vil bli gitt i det følgende.

5.2 Analogisk anvendelse av direktiver – EF-domstolens praksis

5.2.1 Oversikt

Som nevnt innledningsvis i punkt 1, har verken EF-domstolen eller EFTA-domstolen vært fremmed for å benytte seg av analogier både fra EF-traktaten/EØS-avtalen og fra sekundærlovgivningen. I dette avsnittet vil vi avsnittet utdype denne fortolkningsmetoden noe.

Bruken av analogier kan skje i tre typiske situasjoner. For det første kan det forekomme analogier fra traktat/avtale til sekundærlovgivning. For det andre kan det tenkes analogislutninger fra en sekundær rettsakt til en annen. Og for det tredje kan det oppstå spørsmål om analogier fra sekundærlovgivningen til EF-traktaten/EØS-avtalen. Det er det siste som er av interesse her.

Ovenfor i punkt 3 viste vi at det også i EU- og EØS-retten gjelder visse ”*trinnhøydebetraktninger*” som medfører at bestemmelser gitt med hjemmel i EF-traktaten ikke kan danne grunnlag for regler som er i strid med det som følger av traktaten. Tilsvarende tilsier homogenitetsmålsetningen i EØS – som altså innebærer at både traktat/avtalebestemmelsene og sekundærlovgivningen i EU og EØS skal tolkes likt – at eventuelle konflikter mellom bestemmelser i EØS-avtalens hoveddel og bestemmelser i vedleggene må løses etter samme trinnhøydeprinsipper.

Disse trinnhøydebetraktningene har igjen ført til at EF-domstolen – også i tilfeller der det ikke foreligger noen klar konflikt – ikke har vært fremmed for å gi *traktatens regler utvidende anvendelse på bestemmelser i sekundærlovgivningen*. I *Parlamentet mot Rådet*¹⁶ ga for eksempel EF-domstolen bestemmelsen i EF-traktatens [nåværende] artikkel 231(2) om rettsvirkningene av ugyldige forordninger analogisk anvendelse på et ugyldig direktiv:

¹⁵ Sejersted [et. al.] s. 211-212.

¹⁶ Sak C-295/90 *Parlamentet mot Rådet*, Sml. 1992 s. I-4193.

”Herefter begrunder vigtige retssikkerhedsmaessige hensyn, der kan sammenlignes med dem, der gælder, naar visse forordninger annulleres, at Domstolen udoever den kompetence, der udtrykkeligt er tillagt den ved [EF-traktatens artikkel 231(2)] naar en forordning annulleres, og at den angiver, hvilke af det anfaegtede direktivs virkninger, der skal betragtes som bestaaende.”¹⁷

Eksempler på analogisk anvendelse av EF-traktatens materielle bestemmelser finner vi blant annet i *Universale-Bau*¹⁸ og *Kommisjonen mot Frankrike*.¹⁹

I Generaladvokat Stix-Hackls forslag til avgjørelse i *Price*²⁰, finner vi videre et eksempel på analogisk anvendelse av bestemmelsene i et direktiv på bestemmelsene i et annet (analogi fra en sekundær rettsakt til en annen). Generaladvokaten fant at oversikten over ”lovregulerte erverv” i direktiv 89/48/EØF om gjensidig anerkjennelse av eksamener for lovregulerte erverv kunne gis analogisk anvendelse på det supplerende direktiv 92/51/EØF:

”Flere argumenter taler for at svare bekræftende på dette spørsmål: Direktiv 92/51 skal, som dets navn antyder, supplere det generelle direktiv 89/48 om videregående uddannelser. Direktiv 92/51 kan kun læses og forstås i sammenheng med det andet direktiv. Dette taler for en analog 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. Dette passer også på den foreliggende sag, idet begge direktiver indeholder de samme bestemmelser med hensyn til faglige sammenslutningers og organisationers erhvervsordninger; det er derfor logisk at lade fortegnelsen over disse sammenslutninger gælde for begge direktiver.”²¹

Uttalelsen er interessant idet den viser hvilken *konkret begrunnelse* som blir gitt for å gi bestemmelsene i det ene direktiv analogisk anvendelse på det annet. Generaladvokaten viser spesielt til at direktivene regulerer det samme materielle området *på samme vis*, og at direktiv 92/51/EØS i så måte ”supplerer” det mer generelle direktiv 89/48/EØF. Det er derfor ”logisk” å operere med den samme listen over lovregulerte erverv for begge direktivenes vedkommende.

EF-domstolen avgjorde i sin dom saken utelukkende på direktiv 89/48/EØF, og behøvde derfor ikke ta stilling til spørsmålet om analogisk anvendelse. Generaladvokatens uttalelse er etter vårt syn likevel et godt eksempel på hvordan spørsmål om analogier blir vurdert i fellesskapsrettslig sammenheng.

¹⁷ Premiss 26.

¹⁸ Sak C-470/99 *Universale-Bau*.

¹⁹ Sak 340/02 *Kommisjonen mot Frankrike*.

²⁰ Sak C-149/05 *Price*.

²¹ Premiss 69 og 70.

5.2.2 Analogier fra sekundærlovgivning til traktat

EF-domstolen har ved flere anledninger fastslått at det forhold at et bestemt spørsmål faller utenfor anvendelsesområdet for et direktiv eller en forordning, ikke betyr at spørsmålet også er unntatt EF-traktatens grunnleggende bestemmelser (med mindre det faller inn under et av traktatens egne unntak). I *Telaustria*²², som blant annet dreide seg om anvendelsen av direktiv 93/38/EØF om offentlige anskaffelser innen forsyningssektorene på såkalte *tjenestekonsesjoner*, fant EF-domstolen at slike konsesjoner ikke var omfattet av direktivets anvendelsesområde. Domstolen fremholdt imidlertid at

”(...) selv om de pågældende aftaler på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin er udelukket fra anvendelsesområdet for direktiv 93/38, er de ordregivende myndigheder, der indgår aftalerne, forpligtet til at overholde traktatens grundlæggende regler i almindelighed og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i særdeleshed.”²³ (vår understreking)

I EF-domstolens ”grunnleggende regler” inngår blant annet bestemmelsene om de fire friheter. Således fastslo domstolen i *Vestergaard*²⁴ (som også dreide seg om direktivene om offentlige anskaffelser) f.eks. at:

”Selv om visse kontrakter er udelukket fra anvendelsesområdet for EF-direktiverne vedrørende offentlige kontrakter, er de ordregivende myndigheder, der indgår dem, dog forpligtet til at overholde traktatens grundlæggende regler (...).

Heraf følger, at uanset at en bygge- og anlægskontrakt (...) ikke er omfattet af direktivets anvendelsesområde, skal spørsmålet om, hvorvidt en bestemmelse i udbudsbetingelserne vedrørende den pågældende kontrakt er lovlig, vurderes i relation til traktatens grundlæggende regler, herunder det princip om frie varebevegelser, der er fastsat i traktatens artikel 30.”²⁵ (vår understreking)

Tilsvarende gjelder utvilsomt for traktatbestemmelsene om fri etableringsrett og fri bevegelighet av tjenester, jf. artikkel 43 og 49 EF.

Selv om det gjør seg gjeldende enkelte forskjeller mellom de ”grunnleggende” reglene og prinsippene i henholdsvis EU-retten og EØS-avtalen, er det sikker rett at reglene om de fire friheter, med det diskriminerings- og restriksjonsforbudet disse innebærer, også er del av EØS-avtalens grunnleggende regler.²⁶ Prinsippet om at forhold som faller utenfor sekundærlovgivningen likevel må bedømmes etter (blant annet) reglene om fri bevegelighet av varer, tjenester, personer og kapital, må derfor gjelde også i EØS-rettslig sammenheng.

²² Sak C-324/98 *Telaustria*, Sml. 2000 s. I-10745.

²³ Premiss 60.

²⁴ Sak 59/00, *Bent Moustén Vestergaard*.

²⁵ Premiss 20 og 21.

²⁶ Se for eksempel Sejersted [et. al.] s. 100 flg.

Spørsmålet blir så hvilken innvirkning et direktivs (eller en forordnings) bestemmelser kan ha på tolkningen av traktatens regler i relasjon til et spørsmål som faller utenfor rettsaktens anvendelsesområde. I motsetning til tilfellene drøftet ovenfor i punkt 5.2.1, vil en slik analogi innebære at man gir en løsning fra et ”trinnlavere” nivå (sekundærlovgivningen) utvidende anvendelse på ”trinnhøyere” bestemmelser – og for så vidt være i strid med det trinnhøydeprinsippet som også gjelder i EU/EØS-retten.

I *Parking Brixen*²⁷, som også dreide seg om offentlige tjenestekonsesjonskontrakter, oppsto spørsmålet om muligheten for å utføre tjenester i egenregi samt vilkårene for dette, kunne anvendes i forhold til slike kontrakter. EF-domstolen fastslo innledningsvis at tjenestekonsesjoner falt utenfor anvendelsesområdet for direktivene om offentlige anskaffelser, men at oppdragsgiver like fullt var

*”forpligtet til at overholde traktatens grunnleggende regler i alminnelighet og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i særdeleshed.”*²⁸

Domstolen viste i denne sammenheng blant annet til avgjørelsen i *Telaustria*, jf. ovenfor.

I forhold til de ulike direktivene om offentlige anskaffelser, fulgte det av etablert rettspraksis at oppdragsgivers oppgaver kunne utføres i egenregi for slik å unngå anbudsplikt. I tillegg var det oppstilt visse vilkår for at egenregi kunne sies å foreligge. Hva angikk spørsmålet om disse vilkårene kunne gis anvendelse også på tjenestekonsesjoner – som altså måtte vurderes direkte etter EF-traktatens ”grunnleggende regler” – uttalte domstolen følgende:

”Disse overvejelser [vilkårene for egenregi, vår tilføyelse] tager udgangspunkt i den forudsætning, at anvendelsen af direktiv 92/50, 93/36 og 93/37 afhænger af, om der er indgået en aftale mellem to forskellige personer (...). Anvendelsen af artikel 12 EF, artikel 43 EF og artikel 49 EF samt de hermed forbundne principper om lighed, om forbud mod forskelsbehandling og om gennemsigtighed afhænger imidlertid ikke af, om der er indgået en aftale. De overvejelser, der fremgår af den i denne sag nævnte retspraksis, finder derfor hverken automatisk anvendelse på de nævnte traktatbestemmelser eller principper.

*Det skal ikke desto mindre fastslås, at disse overvejelser kan overføres til traktatens bestemmelser og de principper, der vedrører offentlige tjenesteydelseskonsesjoner, der er udelukket fra anvendelsesområdet for direktiverne om offentlige kontrakter.(...)”*²⁹ (vår understreking)

EF-domstolen fant altså at vilkårene for egenregi, utviklet i forhold til direktivene om offentlige anskaffelser, kunne få anvendelse også når det var tale om en kontrakt som måtte vurderes direkte etter EF-traktatens regler. Domstolen synes å begrunne dette med at avgrensningen mot oppgaver som oppdragsgiver velger å utføre selv (i egenregi), allerede fulgte av traktatbestemmelsene om fri etableringsrett og fri bevegelighet av tjenester:

²⁷ Sak C-458/03 *Parking Brixen*.

²⁸ Premiss 46.

²⁹ Premiss 60 og 61.

”På området for offentlige kontrakter og tjenesteydelseskonsesjoner finder ligebehandlingsprincippet og de særlige udtryk herfor, nemlig forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet samt artikel 43 EF og artikel 49 EF, anvendelse i tilfælde, hvor en offentlig myndighed overlader det til en tredjepart at udføre økonomiske tjenesteydelser. Derimod finder fællesskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter og tjenesteydelseskonsesjoner ikke anvendelse, hvor en offentlig myndighed udfører opgaver af almen interesse, der påhviler den, med egne administrative, tekniske eller andre midler, uden at anvende eksterne virksomheder.”

Vi ser dermed at EF-domstolen går ”veien om” EF-traktatens grunnleggende regler, herunder reglene om de fire friheter, for å gi løsninger hentet fra sekundærlovgivningen anvendelse på spørsmål som faller utenfor denne lovgivningens anvendelsesområde. Dersom de løsningene som følger av sekundærlovgivningen allerede kan sies å følge av traktatens regler og prinsipper – altså at de innebærer en form for kodifisering – er det mindre tvilsomt å gi disse anvendelse også på spørsmål som vurderes direkte under traktaten.

Sett hen til det EØS-rettslige homogenitetsprinsippet, er det grunn til å anta at EFTA-domstolen vil følge en tilsvarende fremgangsmåte – forutsatt at det er tale om ”grunnleggende regler og prinsipper” som også er del av EØS-avtalen.

På denne bakgrunn er det for vårt formål av vesentlig interesse å vurdere om tjenstedirektivet innebærer en kodifisering av, eller en endring av, gjeldende traktatrett på tjenesteområdet.

5.3 Direktivets forhold til gjeldende fællesskapsrett

Vi vil i dette avsnittet kun gi en helt overordnet vurdering av tjenstedirektivets forhold til gjeldende EU/EØS-rett hva angår EØS-avtalens artikkel 31 og 36 om fri etableringsrett og fri bevegelse av tjenester (jf. EF-traktatens artikkel 43 og 49). En presis fastsettelse av på hvilke områder direktivet medfører endringer i gjeldende traktatrett – hva enten endringene går i ”utvidende” eller ”innstrammende” retning – krever en detaljert analyse som vil sprengre grensene for denne fremstillingen. Poenget i denne sammenheng er bare å beskrive enkelte overordnede trekk, som bakgrunn for vurderingen av tjenstedirektivets eventuelle innvirkning på EØS-avtalens bestemmelser.

Hva angår bestemmelsene om fri etableringsrett i direktivets kapittel III, synes disse i all hovedsak å sammenfalle med gjeldende rett på området. Et spørsmål som imidlertid er blitt reist, er om direktivets artikkel 9 – 13 om medlemsstatenes adgang til å gjøre tjenstevirksomhet konsesjonsbetinget (”Tilladelsesordninger”) i praksis innebærer en begrensning i statenes rett til å regulere rent interne forhold.³⁰ Lest på denne måten medfører tjenstedirektivet 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 bevegelse av tjenester) ikke kommer til anvendelse på rent interne forhold i en medlemsstat.³¹

³⁰ Se bl.a. Finn Arnesen, *Virkningen av at opprinnelseslandsprinsippet er tatt ut av tjenstedirektivet*, s. 3-5.

³¹ Se for eksempel sak C-97/98 *Jägerskiöld*, Sml. 1999 s. I-7319.

Hvordan direktivet skal forstås på dette punktet, er foreløpig ikke avklart. Finn Arnesen er imidlertid av den oppfatning at *”en anførsel som går ut på at direktivet ikke kommer til anvendelse i forhold til hjemmehørende tjenesteytere neppe [vil] føre frem.”*³²

Når det gjelder bestemmelsene om fri bevegelighet av tjenesteytelse i direktivets kapittel IV, er det særlig artikkel 16 som kan tenkes å gå ut over en kodifisering av gjeldende rett. Artikkel 16(1) første ledd fastslår som nevnt tjenesteyternes rett til uhindret å utføre tjenester i en annen medlemsstat enn den de er etablert i. I artikkel 16(1) tredje ledd reguleres så statenes mulighet til å gjøre begrensninger i denne retten: Det heter at

”Medlemsstaterne gør ikke adgangen til eller udøvelsen af servicevirksomhed på deres område til genstand for opfyldelse av krav, der ikke overholder følgende principper:

a) ikke-forskelsbehandling: kravene må ikke være direkte eller indirekte diskriminerende på grundlag af nationalitet eller, for juridiske personers vedkommende, på grundlag af den medlemsstat, hvor de er etableret

b) nødvendighet: kravene skal være begrundet i hensynet til den offentlige orden, den offentlige sikkerhet, den offentlige sundhet eller beskyttelsen af miljøet

c) proportionalitet: kravene skal sikre opfyldelsen af det tilsigtede mål og må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette mål.”

Artikkel 16(3) fastsetter så et tilsvarende prinsipp hva angår *”utførelsen af servicevirksomhet”*.

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).³³ 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 tjenesteytelse, så lenge de nasjonale tiltakene er såkalt nasjonalitetsnøytrale.³⁴

Til dette kommer at direktivets prosessuelle og administrative bestemmelser i kapittel II og VI, og til en viss grad kravene tilknyttet tjenestenes kvalitet i kapittel V, representerer nye krav til den enkelte medlemsstat. Særlig gjelder dette i forhold til bestemmelsene om såkalte ”kvikskranker” mv. i artikkel 6 flg.

³² *Virkningen av at opprinnelseslandsprinsippet er tatt ut av tjenstedirektivet s. 4.*

³³ Se Sejersted [et. al.] s. 448 flg.

³⁴ Sejersted [et. al.] s. 451 flg.

På det generelle plan synes imidlertid tjenstedirektivet langt på vei å kodifisere gjeldende EU/EØS-rett. Dette er også i samsvar med fortalens premiss 30, der det heter at direktivet ”bygger på og kompletterer (...) gældende fællesskabsret.”

5.4 Vil tjenstedirektivets løsninger få betydning for utelatte tjenester?

Spørsmålet blir så endelig hvilken betydning tjenstedirektivets løsninger vil kunne ha for tjenester som må vurderes direkte etter bestemmelsene i EØS-avtalens artikkel 31 og 36 (jf. EF-traktatens artikkel 43 og 49). Vurderingen må skje på basis av EF-domstolens praksis som gjennomgått ovenfor, og de momentene denne gir.

En rekke av unntakene fra tjenstedirektivet, særlig hva angår unntakene fra direktivets generelle anvendelsesområde, vil måtte vurderes under tjenstebestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel. I det følgende gis det kun en generell vurdering, på tvers av de ulike tjenstekategoriene.

Også her er utgangspunktet at *lovgivers begrunnelse* for å utelate de enkelte tjenstesektorer fra direktivets anvendelsesområde, i flere tilfeller gir lite rom for analogisk anvendelse. Dette kan illustreres ved begrunnelsen for å utelate tjenester i *pengespillsektoren* fra direktivets nedslagsfelt (artikkel 2(2) bokstav h), slik denne er kommet til uttrykk i direktivets fortale. Her heter det at

”spil, som indebærer, at der gøres indsats med penge i spil, som indeholder et element af tilfældighed, herunder lotterier og væddemål, bør udelukkes fra dette direktivs anvendelsesområde i betragtning af den særlige beskaffenhed af disse aktiviteter, som medfører, at medlemsstaterne iværksætter strategier vedrørende den offentlige orden og beskyttelsen af forbrugerne.”³⁵

En analogisk anvendelse av tjenstedirektivets løsninger på pengespillsektoren ville kunne *innskrenke* den skjønnsfriheten som medlemsstatene her forutsettes å ha. Analogier fra tjenstedirektivet ville således på dette området kunne stride mot forutsetningene i direktivets fortale. Det må imidlertid foretas en noe nærmere analyse av rettskildebildet.

I EF-domstolens avgjørelse i *Parking Brixen* synes domstolen å ha lagt vesentlig vekt på at vilkårene for egenregi, som utviklet gjennom sekundærlovgivningen på området, fulgte som en *naturlig konsekvens* av det grunnleggende kravet til likebehandling, herunder reglene om fri etableringsrett og fri bevegelse av tjenester. ”Forutsetningen” for egenregilåren lå allerede i traktatbestemmelsene, og vilkårene innebar således ikke mer enn en form for stadfestelse – om enn litt mer detaljert - av den rettsoppfatningen som allerede lå til grunn. Avgjørelsen bygger således på *kodifiserings synspunkter*, i form av en ”omvei” om de grunnleggende fellesskapsrettslige reglene.

Lest på denne måten innebærer *Parking Brixen*-avgjørelsen at det er en åpning for at også tjenstedirektivets bestemmelser vil kunne få analogisk anvendelse på tjenester som vurderes under EF-traktaten og EØS-avtalens hoveddel. Som vist ovenfor i punkt 5.3, synes tjenstedirektivet med enkelte unntak å *kodifisere* gjeldende rett på tjensteområdet, som hjemlet i EF-traktatens artikkel 43 og 49 og EØS-avtalens artikkel 31 og 36. Dette synes også å være forutsatt i direktivets fortale, der det

³⁵ Fortalens premiss 25.

heter at dette ”bygger på og kompletterer gjeldende fællesskabsret.”³⁶ ”Forutsetningen” for tjenstedirektivets løsninger kan dermed, på samme som i *Parking Brixen*, bli ansett å ligge i traktatens/EØS-avtalens tjenestebestemmelser.

Analysen i pkt. 5.3 ovenfor viste imidlertid at tjenstedirektivets artikkel 16(1) og (3) trolig går lenger enn hva som følger av gjeldende rett. I så fall *innskrenker* direktivet statenes reguleringskompetanse på disse områdene, sett i forhold til det ellers følger av EF-traktaten eller EØS-avtalens hoveddel. Dette taler *mot* anvendelse av kodifiseringssynspunkter slik som i *Parking Brixen* – i alle fall for disse delene av tjenstedirektivet.

Mens EF-domstolen i *Parking Brixen* tilla kodifiseringssynspunkter atskillig vekt, vitner Generaladvokat Stix-Hackls forslag til avgjørelse i *Price* om en litt annen tilnæringsmåte. Generaladvokaten begrunnet her den analogiske anvendelsen av direktiv 89/48/EØF med at dette dekket det samme rettsområdet og regulerte problemstillingene på samme vis som direktiv 92/51/EØF, og at rettsaktene således supplerte hverandre. Dersom en slik *konkret vurdering* legges til grunn, vil tjenstedirektivets løsninger vanskeligere kunne gis analogisk anvendelse: Unntakene fra direktivets anvendelsesområde (både generelt og hva angår retten til fri utveksling av tjenesteytelser) dekker et stort antall tjenstesektorer der en rekke spesielle forhold må antas å gjøre seg gjeldende. ”Suppleringssynspunkter” av den typen Generaladvokat Stix-Hackl fremfører, vil således – i hvert fall mange av tilfellene – være mindre relevante.

Gjennomgangen viser altså at rettspraksis åpner for analogisk anvendelse av løsninger hentet fra direktiver i visse tilfeller. Vår analyse av tjenstedirektivet og begrunnelsene for å utelate visse tjenester fra direktivets virkeområde, gir ikke grunnlag for å anta at tjenstedirektivets materielle løsninger på det nåværende stadium vil gi støtet til en ytterligere liberalisering gjennom analogisk anvendelse for utelatte tjenester. På den annen side vil bedømmelsen av om ”forutsetningene” for direktivets løsning allerede ligger i EF-traktatens og EØS-avtalens tjenestebestemmelser – altså om de følger av de grunnleggende prinsippene – måtte foretas av domstolene. Løsningen vil bero på domstolenes egen tolking av tjenstereglene i EF-traktaten og EØS-avtalen. Bl.a. i lys av at tjenstedirektivets fortale selv gir uttrykk for at tjenstedirektivet ”bygger på og kompletterer gjeldende fællesskabsret”, kan det ikke utelukkes at tjenstedirektivets løsninger vil kunne påvirke tolkingen av tjenestebestemmelsene i EF-traktaten og EØS-avtalen, og dermed bidra til en viss liberalisering av tjenstesektoren gjennom fremtidig rettspraksis.

Synspunktene så langt har knyttet an til tjenstedirektivets materielle bestemmelser. Hva angår direktivets administrative og prosessuelle bestemmelser, må en eventuell analogisk anvendelse av disse gå veien om andre grunnleggende EU/EØS-rettslige prinsipper enn reglene om de fire friheter. Det er mulig at en slik analogi til dels kan bygges på EU-rettens grunnleggende krav til åpenhet og effektivitet mv., som også langt på vei vil følge av EØS-avtalen. Til dette kan det imidlertid anføres at flere av tjenstedirektivets administrative/prosessuelle bestemmelser er svært spesielle – dette gjelder kanskje særlig bestemmelsene om ”kvikskranker” i direktivets artikkel 6 – noe som gjør dem mindre egnet for analogier.

³⁶ Fortalens premiss 30.