

Datalagringsdirektivet og EØS-avtalen

1. Innledning

Den 15. mars 2006 vedtok EU det såkalte datalagringsdirektivet, direktiv 2006/24/EF, med frist for nasjonal gjennomføring 15. september 2007.¹ Direktivet var omstridt i EU, og Irland gikk kort etter til søksmål for EF-domstolen med påstand om at det var vedtatt på galt rettsgrunnlag. Denne saken er ennå ikke avgjort. I mellomtiden gjelder direktivet i EU.

I Norge er direktivet omstridt, og her har det i noen tid nå vært debatt om dets innhold, og om det bør gjøres til en del av EØS-avtalen eller ikke.

I den forbindelse har IKT-Norge ved direktør Hallstein Braaten Bjercke anmodet oss om en juridisk betenkning om rammene for Norges adgang til å reservere seg mot direktivet. I e-post av 22. april 2008 er mandatet for oppdraget presisert:

1. *"Er direktivet EØS-relevant, og hva kan konsekvensene være fra EU sin side i en EØS-sammenheng dersom Norge hevder at direktivet ikke er EØS-relevant?"*
2. *"Hvilke konsekvenser vil det kunne få å benytte EØS-avtalens mulighet til å reservere seg fra direktivet?"*
3. *"Finnes det andre måter Norge kan unngå å implementere direktivet på?"*

Dette er vurdert i det følgende. Det skal presiseres at vi i hovedsak har sett på de rettslige rammene for innlemming av nye EF-rettsakter i EØS-avtalen, og ikke foretatt noen materiell utredning av datalagringsdirektivet. Vi har kun gått inn på innholdet i direktivet i den grad det er nødvendig for å vurdere om det er EØS-relevant og i så fall hva virkningene av en reservasjon vil kunne være.

Innledningsvis skal også presiseres at det er uavklarte sider ved de spørsmål mandatet stiller. Siden EØS-avtalen trådte i kraft i januar 1994 er tusenvis av nye EF-rettsakter inntatt i avtalen, uten at EFTA-statene en eneste gang har anvendt den såkalte reservasjonsretten ("veto"). De rettslige rammene for dette er etter avtalens ordlyd tilsynelatende relativt enkle, men reiser ved nærmere ettersyn spørsmål som ikke er avklart i praksis, og som åpner for uenighet. Bestemmelsene i EØS-avtalen setter rettslige rammer, men innenfor disse vil det være opp til politiske og administrative prosesser hvilke konsekvenser eventuell bruk av reservasjonsretten vil kunne ha – og dette lar seg ikke på forhånd angi med noen grad av sikkerhet.

¹ For gjennomføring av direktivet på kommunikasjonsdata fra internett og e-post er det mulig for medlemsstatene å utsette gjennomføringen til 15. mars 2009, og dette har de fleste benyttet seg av.

Vi har i det følgende tilstrebet å gi en nøytral redegjørelse for de rettslige rammene for bruk av reservasjonsretten i den aktuelle sak, uten å fremme noe eget syn på spørsmålet om hvorvidt den bør brukes eller ikke. Dette er et politisk spørsmål. Når man først har tatt stilling til dette, er det etter vår vurdering mulig å bygge opp en forsvarlig rettslig argumentasjon både for at direktivet er en naturlig del av EØS-avtalen og for at det ikke er det.

2. Prosessen så langt

Datalagringsdirektivet ble vedtatt i EU for over to år siden, den 15. mars 2006, og fristen for nasjonal gjennomføring av hovedinnholdet i direktivet i EUs medlemsstater utløp 15. september 2007.

Dette betyr at prosessen med å vurdere om direktivet skal inntas i EØS-avtalen allerede er kraftig forsinket, sammenlignet med hva som ellers er normalt. Etter EØS-avtalen art 102 (1) skal EØS-komiteen for å sikre ensartethet mellom EU- og EØS-retten treffe beslutning om eventuelt å overta nye EU-rettsakter ”så nær som mulig i tid” etter at de er vedtatt i EU, og helst slik at de kan iverksettes samtidig i EU og EØS. Dette gjøres også normalt, selv om forsinkelser forekommer. I dette tilfellet er forsinkelsen langt større enn normalt, og hovedfristen for gjennomføring av direktivet i EUs medlemsstater allerede utløpt.

Grunnen til forsinkelsen synes å være at det har pågått en intern vurdering av om direktivet er EØS-relevant. Det er opplyst at dette på norsk side ble drøftet på en regjeringskonferanse allerede i februar 2006, der man besluttet å utrede saken nærmere. Vi antar at det siden den gang har pågått intern utredning i norsk forvaltning, men understreker at vi ikke kjenner de nærmere detaljer i dette, eller hvilke interne vurderinger som er gjort.

Når en ny rettsakt er vedtatt i EU som er potensielt relevant for EØS-avtalen, er praksis at det er EFTA-siden (ikke EU) som tar opp dette og initierer den videre prosessen. Dette er beskrevet av Henrik Bull slik at: ”Det er EFTA-sekretariatet som fanger opp alle vedtakelser av EØS-relevante rettsakter i EU, og som setter saken på dagsordenen i EØS-komiteen. EU v/Kommisjonen nøyer seg med å reagere på innspill fra EFTA-siden”.² Saksgangen er at EFTA-sekretariatet først sender saken til de enkelte EFTA-land til uttalelse. Deretter behandles den i en

² Se Henrik Bull, Saksgangen ved vedtakelse av nytt EØS-regelverk (Lovdata 2005) s. 8, se også s. 6-7 om at: ”Når rettsakten er endelig vedtatt i EU, vil EFTA-sekretariatet i Brussel be de enkelte EFTA-land svare på om rettsakten er relevant og akseptabel som del av EØS-avtalen, hva slags EØS-tilpasninger som eventuelt må gjøres, hvor lang tid som kreves for nasjonal gjennomføring, og om noe EFTA-land må oppfylle særskilte forfatningsmessige krav før de binder seg, jf nedenfor. Dersom det meldes inn behov for særskilte tilpasninger, overlates utformingen til arbeidsgruppene i EFTA. [...] Sekretariatet utarbeider deretter et utkast til EØS-komiteens beslutning i saken, og dette utkastet skal godkjennes av den relevante EFTA-undergruppe”. Derfra går utkastet til EU (Kommisjonen), og så videre til den relevante EØS-underkomité, før det så forelegges EØS-komiteen til beslutning.

arbeidsgruppe i EFTA, som i kurante saker skal ha den ferdig etter 2-4 uker, i vanskeligere tilfelle 5-8 uker. Utkastet sendes så til EU (Kommisjonen) til vurdering. Deretter klareres det i den relevante EØS-underkomité, før det legges frem til beslutning i selve EØS-komiteen.

Etter hva vi kan forstå, synes denne prosessen formelt sett inntil videre å ha stoppet opp på et tidlig stadium, slik at direktivet ennå ikke er formelt forelagt EØS-komiteen til beslutning. Det formelle initiativet til videre behandling synes fortsatt å ligge på EFTA-siden, selv om det i praksis kan være grenser for hvor lenge EU (Kommisjonen) vil akseptere at det trekker ut.

Internt i Norge er det opplyst at de materielle sidene ved datalagringsdirektivet ligger til behandling i en interdepartemental arbeidsgruppe, som er forventet å fremlegge en rapport muligens innen sommeren 2008. Ved siden av den løpende offentlige debatt, har regjeringen også ved et par anledninger informert Stortinget om saken. Mest utførlig skjedde dette i utenriksministerens konsultasjon med Stortingets Europautvalg 12. mars 2008.³

Etterhvert som prosessen går videre vil regjeringen på nytt måtte konsultere Stortingets Europautvalg før saken eventuelt skal opp til vurdering i EØS-komiteen, og det er på dette stadiet det vil være mest aktuelt å ta stilling til en eventuell bruk av "reservasjonsretten". Så langt har man altså ikke kommet ennå. Videre skal nevnes at dette etter vår vurdering er en sak "af særlig Vigtighed" etter grunnloven § 26 annet ledd, og som dessuten vil kreve lovendring. Det betyr at dersom EØS-komiteen skulle vedta å innlemme direktivet i EØS-avtalen, så vil saken uansett måtte gå tilbake til Stortinget til samtykke i form av en egen proposisjon før Norge kan bli bundet – slik det er åpnet for i EØS-avtalen artikkel 103. Endelig vil en eventuell lovendring måtte vedtas av Stortinget.

I en beslutningsprosess som den foreliggende vil Stortinget med andre ord måtte kobles inn formelt på tre stadier (konsultasjon, samtykke, lovendring). Det er på det første av disse stadiene at det i praksis vil være mest aktuelt å ta stilling til eventuell bruk av reservasjonsretten. Per dato er man fortsatt i en forberedende fase.⁴

Status er altså at datalagringsdirektivet allerede har ligget på is mye lenger enn det som er vanlig i EØS-saker, og at man fortsatt er på et tidlig stadium i den formelle beslutningsprosessen. Hvor lenge dette vil kunne vare, før prosessen må settes i gang igjen, er et spørsmål som vi ikke har grunnlag for å vurdere, og som først og fremst er av ikke-rettslig karakter.

³ Referat fra møtet i Europautvalget 12. mars 2008 er lagt ut på Stortingets hjemmesider, på <http://www.stortinget.no/eos/2007/midl/e080312.htm>. Normalt konsulteres Europautvalget først om nye rettsakter når de er i ferd med å forelegges for EØS-komiteen til vedtagelse, men i mer kontroversielle saker kan det konsulteres på et tidligere stadium, og det har skjedd her.

⁴ I svar av 12.12.2007 på skriftlig spørsmål fra representanten Jan Arild Ellingsen (FrP) opplyste samferdselsministeren at departementet "tar sikte på å fremme lovforslag til Stortinget rundt årsskiftet 2008/2009". Dette sier imidlertid intet om når regjeringen ser for seg at spørsmålet om direktivet skal vedtas som del av EØS-avtalen vil komme opp.

3. Er datalagringsdirektivet EØS-relevant?

Det første spørsmålet vi er bedt om å utrede, er om datalagringsdirektivet er ”EØS-relevant” eller ikke. Her skal vi først redegjøre for prosessen for å vurdere dette, og deretter for det materielle spørsmålet.

3.1 *Proessen for avgjørelse av om en ny EF-rettsakt er EØS-relevant*

Vedtak om hvorvidt nye EU-rettsakter skal gjøres til en del av EØS-avtalen avgjøres av EØS-komiteen, som etter EØS artikkel 93 består av ”representanter for avtalepartene”, og som treffer sine beslutninger ”ved enighet mellom Fellesskapet på den ene side og EFTA-statene, som opptrer samstemt, på den annen side”.⁵

Den nærmere prosedyre er nedfelt i EØS artikkel 102. De første delene av denne bestemmelsen lyder:

Art 102. 1. For å sikre rettssikkerhet og ensartethet innen EØS skal EØS-komiteen treffe beslutning om endring i et vedlegg til denne avtale så nær som mulig i tid etter at Fellesskapet har vedtatt tilsvarende nytt regelverk, med sikte på å gjøre det mulig med samtidig iverksettelse av det nye fellesskapsregelverk og endringene i vedleggene til denne avtale. For dette formål skal Fellesskapet så snart som mulig underrette de andre avtaleparter gjennom EØS-komiteen når det vedtar regelverk på et sakfelt som omfattes av denne avtale.

2. Det skal vurderes i EØS-komiteen hvilken del av et vedlegg til denne avtale som ville bli direkte berørt av det nye regelverk.

3. Avtalepartene skal bestrebe seg på å komme til enighet i saker som er relevante for denne avtale.

EØS-komiteen skal særlig bestrebe seg på å finne frem til en gjensidig godtagbar løsning dersom det oppstår et alvorlig problem på et område som i EFTA-statene hører inn under den lovgivende myndighets kompetanse.

Deretter går art 102 i punktene 4-6 over til å regulere virkningene av manglende enighet – som vi kommer tilbake til nedenfor.

Det som er regulert i art 102 er den formelle prosedyre når saken fremmes til behandling for EØS-komiteen. I forkant av dette vil det ha foregått en forberedende prosess i EFTA-sekretariatet, i EFTA-statene, i Kommisjonen og eventuelt i en av underkomiteene under EØS-komiteen.

⁵ EØS-komiteen møtes gjerne siste fredag i hver måned. Fra EFTA-siden møter de tre landenes EU-ambassadører, og fra EU møter en embetsmann fra Kommisjonen. EFTA-statene vil på forhånd ha avklart sine posisjoner i EFTAs Faste Komité, og arbeidsgruppene under denne.

EØS-avtalen artikkel 102 nr. 2 bestemmer at EØS-komiteen skal vurdere hvilken del av et vedlegg til EØS-avtalen som vil berøres av nytt regelverk i EU, og i nr. 3 heter det at avtalepartene skal bestrebe seg på å komme til enighet i saker som er relevante for EØS-avtalen. En slik enighet behøver ikke nødvendigvis innebære at direktivet anses EØS-relevant.

Uenighet om et direktiv er EØS-relevant, vil være en uenighet om hvordan EØS-avtalen skal forstås. Slike tvister kan etter EØS-avtalen art. 111 avgjøres i EØS-komiteen, og det heter i art. 111 nr. 2 at EØS-komiteen skal undersøke alle muligheter for at avtalen fortsatt skal kunne virke tilfredsstillende.⁶

Hvorvidt en ny EU-rettsakt er relevant for EØS-avtalen eller ikke kan i utgangspunktet formuleres som et *rettslig* spørsmål – som avhenger av en tolkning av EØS-avtalens rekkevidde vurdert opp mot innholdet i det aktuelle direktivet. Utgangspunktet vil være at nye rettsakter som faller innenfor rammene av det EØS-avtalen er ment å regulere vil være relevante, mens rettsakter som regulerer spørsmål som ikke er omfattet av avtalens dekningsområde faller utenfor. Her vil rettslige tolkninger og argumenter være relevante for vurderingen – enten for eller imot ”EØS-relevans”. Samtidig vil det kunne være rom for betydelig skjønn, og avtalens eksakte yttergrenser er langt fra krystallklare. Til syvende og sist vil det i tvilstilfelle måtte bero på en skjønnspreget vurdering om EU-rettsakten hører naturlig hjemme i EØS-avtalen eller ikke – og dette skjønnet vil kunne være like mye av *politisk* som av rettslig karakter.

Dette følger også av at beslutninger i EØS-komiteen krever enstemmighet. Dersom partene er uenige om hvorvidt en rettsakt er EØS-relevant så er det ikke noen overordnet instans eller domstol dette kan bringes inn for til rettslig avklaring.⁷ Da vil man uansett måtte gå over til de virkninger av uenighet som er regulert i art 102 (4) til (6), som vi kommer tilbake til nedenfor.

I klartekst betyr dette at dersom én eller flere EFTA-stater mener at et nytt EU-direktiv ut fra en rettslig eller politisk vurdering ikke er ”EØS-relevant”, så vil EU (ved Kommisjonen) fortsatt kunne hevde at det er relevant, og at uenighet vil måtte få konsekvenser. Det er samtidig ikke noe i veien for at partene sammen kommer til at et direktiv *ikke* er ”relevant”. I så fall stopper saken der. Og i en slik prosess vil rettslige argumenter for ikke-relevans kunne være viktige, selv om den endelige avgjørelse er skjønnspreget. Dersom Norge ikke ønsker datalagringsdirektivet inntatt i EØS-avtalen vil det derfor etter vårt syn være viktig å kunne bygge opp en materiell rettslig argumentasjon for dette – som vi kommer tilbake til nedenfor.

⁶ Artikkel 111 nr. 3 og nr. 4 inneholder særlige regler for de situasjoner der uenigheten knytter seg til bestemmelser i EØS-avtalen som i sitt materielle innhold er identiske med regler i EF-retten. Dette vil ikke være situasjonen der uenigheten gjelder EØS-relevansen av et direktiv. Disse reglene er derfor ikke aktuelle i denne sammenheng

⁷ Vedtak i EØS-komiteen kan ikke bringes inn for EFTA-domstolen til overprøving. En annen sak er at det kan tenkes scenarier der spørsmålet om rekkevidden av avtalen og den enkelte rettsakts relevans senere og mer indirekte kan komme opp for domstolsprøving.

I prinsippet må man skille mellom (i) spørsmålet om en gitt EU-rettsakt er EØS-relevant, og (ii) bruk av "reservasjonsretten" mot EU-rettsakter som er EØS-relevante. Dersom det først oppstår uenighet om relevansen, er den videre prosess og virkningene i de to situasjonene imidlertid den samme.

Som kjent har EFTA-statene gjennom de drøyt 14 år EØS-avtalen har vært i kraft ennå ikke benyttet seg av "reservasjonsretten". Hvorvidt det har forekommet at et direktiv som har vært foreslått innlemmet i EØS-avtalen er avvist av partene under henvisning til enighet om at det etter nærmere vurdering likevel ikke var "EØS-relevant" har vi ikke full oversikt over. Men vi kjenner ikke til noen eksempler på at dette har kommet åpent på spissen.

Omvendt har det nok vært en rekke tilfelle der nye EU-rettsakter har ligget langs yttergrensen av hva som strengt tatt har vært ansett som EØS-avtalens dekningsområde, men likevel ved enstemmighet vært inntatt som del av avtalen. Ikke sjelden vil situasjonen være at EFTA-statene positivt ønsker å innta slike nye rettsakter i avtalen, for å kunne være med på samarbeidet på de områder det gjelder. Til sammenligning er det i praksis langt sjeldnere at en eller flere av EFTA-statene har alvorlige motforestillinger mot nye EU-rettsakter.

Rekkevidden av EØS-komiteens kompetanse til å vedta nye rettsakter (eller endre innholdet i dem) var i noen grad oppe for EFTA-domstolen i CIBA-saken i 2002, der domstolen i sin rådgivende uttalelse slo fast på den ene siden at kompetansen ikke må være "alt for begrenset", men på den annen side at den må "utøves innenfor EØS-avtalens grenser".⁸ Uttalelsen viser at EØS-komiteen har en kompetanse som rekker lengre enn til bare å innlemme rene markedsdirektiver, samtidig som EØS-avtalens grenser også begrenser EØS-komiteens kompetanse. Dette medfører at EØS-komiteen ikke kan innlemme rettsakter som regulerer materielt sett nye områder, og som dermed reelt sett utvider EØS-avtalens saklige virkeområde. Slike rettsakter er ikke EØS-relevante. Men hvor grensene for EØS-avtalens saklige virkeområde ligger, er det rom for usikkerhet om.

3.2. Materielle vurdering av datalagringsdirektivets EØS-relevans

Hvorvidt datalagringsdirektivet ut fra en materiell vurdering er "EØS-relevant" eller ikke er etter vår vurdering et åpent spørsmål, som rettslig sett kan argumenteres begge veier, og der det for partene snarere er tale om at de må treffe et valg.

På den ene siden er det argumenter som taler for at direktivet er EØS-relevant.

For det første er det vedtatt av EU med hjemmel i EF-traktaten artikkel 95 nr 1, som etter sin egen ordlyd hjemler «tiltak for tilnærming av medlemsstatenes lover og forskrifter som gjelder det indre markeds opprettelse og virkemåte». Hovedformålet med EØS-avtalen er å innlemme EFTA-statene i EUs indre marked, jf EØS-avtalen

⁸ Se sak E-6/01, EFTA Court Report 2002 s. 281, under pkt 33.

art 1, og det vil normalt være en presumsjon for at direktiver vedtatt etter EFT art 95 er EØS-relevante.

For det andre har EU-lovgiver i premiss 6 fortalen til direktivet fremhevet dets betydning for det indre marked:

(6) De retlige og tekniske forskjeller mellom nationale bestemmelser om lagring av data med henblik på forebygging, etterforskning, avsløring og rettsforfølging av straffbare handlinger er en hindring for det indre marked for elektronisk kommunikasjon, idet tjenesteudbydere skal oppfylle forskjellige krav for så vidt angår de typer trafikkdata og lokaliseringsdata, der skal lagres, og for så vidt angår betingelserne for lagring og lagringsperioden.

Realiteten i dette er diskutabel, og er angrepet i Irlands søksmål mot direktivet (se nedenfor). Men uansett vil dette kunne brukes som argument fra EUs side for at direktivet bør være EØS-relevant.

For det tredje henger datalagringsdirektivet i noen grad materielt sammen med EU-direktiver om datasikkerhet som allerede er innlemmet i EØS-avtalen, i avsnittet om "datasikkerhet" i vedlegg XI om teletjenester. Det gjelder særlig direktiv 95/46/EF af 24. oktober 1995 "om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger", og direktiv 2002/58/EF af 12. juli 2002 "om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor". I fortalen til datalagringsdirektivet er det henvist til begge disse direktivene, og det gjøres også en endring i det ene av dem. Det forhold at man tidligere har besluttet at direktiver om datasikkerhet skal være en del av EØS-avtalen kan brukes som argument for at det samme må gjelde datalagringsdirektivet.

På den annen side er det argumenter som taler mot at direktivet er EØS-relevant.

For det første er det ikke nødvendigvis slik at alle direktiver som vedtas i EU med hjemmel i EFT art 95 automatisk er EØS-relevante. Det vil være en presumsjon for dette. Men det kan ikke i seg selv være avgjørende, dersom man etter en nærmere vurdering kommer til at rettsakten likevel etter sitt innhold ikke hører naturlig hjemme i en EØS-kontekst.

For det andre er det klart at datalagringsdirektivet etter sitt innhold ikke kan sies å være innenfor kjernen av reguleringen av det indre marked, men snarere er temmelig perifert i forhold til dette. Det fremgår blant annet av at direktivet opprinnelig ikke var tenkt plassert i "første søyle" som del av markedsreguleringen, men i tredje søyle, som del av reguleringen av "justis- og innenrikssaker", som faller utenfor EØS-avtalens dekningsområde. Og selv om EU-lovgiver har tatt inn en referanse til det indre marked i fortalen punkt 6, for å begrunne valget av artikkel 95 som hjemmelsgrunnlag, så fremgår det likevel klart av direktivet for øvrig at formålet ikke primært er frihandel, men snarere å lette forebygging, etterforskning, avsløring og rettslig forfølging av straffbare handlinger.

Dette fremgår også av direktivet artikkel 1 nr 1:

Artikkel 1

Formål og anvendelsesområde

1. Formålet med dette direktiv er at harmonisere medlemsstaternes bestemmelser om de plikter, der er pålagt udbydere af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester eller af et offentligt kommunikationsnet, for så vidt angår lagring af visse data, der genereres eller behandles af dem, *med henblik på at sikre, at der er adgang til disse data i forbindelse med efterforskning, afsløring og retsforfølgning af grov kriminalitet* som defineret af de enkelte medlemsstater i deres nationale lovgivning. (uthevet her)

Dette er et formål som faller utenfor EØS-avtalens virkeområde. I den grad Norge har knyttet seg til EUs politisamarbeid m.m. så er det i form av egne avtaler innenfor "tredje søyle", og ikke gjennom EØS-avtalen.

For det tredje er det ikke slik at de plikter som ligger i datalagringsdirektivet (til å lagre og oppbevare data om elektronisk kommunikasjon) ellers kan utledes av hovedbestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel om det indre marked, herunder grunnprinsippene om fri bevegelighet av varer, tjenester, arbeid og kapital. Direktivet kan ikke sees som noen spesifisering og operasjonalisering av allerede inngåtte forpliktelser, men innfører en regel som er ny i forhold til den tidligere rettsstilstanden. Dette er i motsetning til de fleste andre EU-direktiver som inntas i EØS-avtalen, som i større eller mindre grad må sees som utdyping av de hovedregler Norge gjennom EØS-avtalens hoveddel allerede er forpliktet til å følge. Det gjelder f eks tjenstedirektivet. I motsetning til dette representerer datalagringsdirektivet noe materielt nytt, som går utover det EØS-avtalen så langt materielt har regulert. Dette er et argument for at det lettere kan hevdes å falle utenfor avtalens dekningsområde, og slik sett ikke er "relevant". Dersom direktivet inntas i EØS vil det innebære en materiell utvidelse av avtalens dekningsområde.

Det kan også være andre argumenter, for eller mot direktivets EØS-relevans, som vi ikke har oversikt over. Men så langt vi kan se er spørsmålet åpent, i den forstand at det rettslig sett kan bygges opp omtrent like gyldig EØS-rettslig argumentasjon både for at det er EØS-relevant og at det ikke er det. Det betyr at EØS-komiteen her må treffe et valg, mellom to rettslig sett legitime alternativer.

Videre betyr det at dersom norske myndigheter kommer til at man ikke ønsker direktivet inntatt i EØS-avtalen, så vil man her ha et større spillerom for rettslig argumentasjon for ikke-relevans enn det som har vært vanlig i de fleste andre tidligere saker der bruk av "reservasjonsretten" har vært et spørsmål.

Fra et forhandlingsperspektiv må det antas å være langt bedre å kunne argumentere for at direktivet materielt sett ikke er "EØS-relevant" enn å innrømme at det er det, men likevel reservere seg mot det.

3.3 *Betydningen av Irlands søksmål mot direktivet*

Irland har gått til søksmål for EF-domstolen med påstand om at direktivet må kjennes ugyldig fordi det er vedtatt på galt hjemmelsgrunnlag. Søksmålet ble anlagt i juli 2006, med saksnummer C-301/06, og verserer fortsatt. Generaladvokaten har ennå ikke gitt uttalelse i saken, hvilket betyr at det fortsatt må påregnes minst et halvt år og kan hende betydelig mer før dom vil foreligge.

Utfallet av den pågående rettssaken vil kunne ha stor betydning for den EØS-rettslige vurderingen av direktivets relevans, og er etter vårt syn et legitimt argument for at man ikke trenger å ta stilling til dette før dommen foreligger.

Kjernen i Irlands argumentasjon er at datalagringsdirektivets eneste, alternativt primære eller vesentligste formål, er å lette etterforskning, avsløring og pådømmelse av alvorlig kriminalitet. Slike tiltak hjemler etter Irlands oppfatning EF-traktaten ikke. De må gis med hjemmel i Unionstraktaten avsnitt VI, som gir bestemmelser om politisamarbeid og rettslig samarbeid i kriminalsaker.⁹

Dersom Irland gis medhold i dette, vil virkningen være at EF-domstolen kjenner direktivet ugyldig, jf. EF-traktaten art. 231. I så fall bortfaller hele spørsmålet om det er EØS-relevant – i hvert fall i denne omgang.¹⁰

Dersom Irland ikke gis medhold i saken, vil det være fordi EF-domstolen kommer til at EFT artikkel 95 er tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag for en rettsakt med dette innhold. Det vil i så fall kunne anføres som argument for at det også er EØS-relevant. Men som vist betyr det ikke automatisk at det er det. Og man kan heller ikke se bort fra at selv om EF-domstolen ikke skulle gi Irland medhold, så vil den likevel i premissene kunne komme med merknader til direktivets innhold som i en EØS-kontekst kan tjene som argument for at det ikke faller innenfor avtalens dekningsområde.

For ordens skyld skal nevnes at direktivet internt i EU uavhengig av rettssaken er fullt gyldig frem til EF-domstolen eventuelt erklærer det ugyldig. Ugyldigheten har da i utgangspunktet virkning fra vedtakelsen av direktivet. Det kan derfor hevdes at så lenge EF-domstolen ikke har erklært det ugyldig, må partene i EØS-avtalen forholde seg til at direktivet er gyldig vedtatt med hjemmel i EF art. 95.

⁹ Jf. EU-tidende 2006 nr. C 237 s. 5.

¹⁰ Det vil for så vidt ikke være til hinder for at det senere vedtas på nytt av EU i noe endret form, med samme hjemmelsgrunnlag, slik at spørsmålet kommer tilbake på nytt. Alternativet vil være at det vedtas som del av EUs samarbeid om justis- og innenriksaker. Hvorvidt det da er relevant for Norge vil avhenge av om det henger sammen med de avtaler Norge her har inngått med EU (Schengen m.fl.). Dette har vi ikke utredet. Videre skal nevnes at dersom direktivet kjennes ugyldig, og må vedtas på nytt, så vil Lisboa-traktaten i mellomtiden antagelig ha trådt i kraft – med den virkning at EUs nåværende ”søylestruktur” oppheves. Dette vil kunne komplisere en fremtidig vurdering av om det er EØS-relevant, men det er heller ikke noe vi har foranledning til å gå inn på her.

Dersom direktivet først innlemmes i EØS-avtalen vil dette være en beslutning som binder alle partene i EØS-avtalen. Dersom Irland skulle vinne frem i EF-domstolen, vil man følgelig kunne få den paradoksale situasjonen at direktivet gjelder i forhold til medlemsstatene i EU i kraft av å være en del av EØS-avtalen, men samtidig er ugyldig som fellesskapsrettsakt.

Vi skal ikke ha uttalt oss om mulighetene for at Irland vil vinne frem med sitt søksmål. Men inntil dette er avgjort av EF-domstolen, vil det etter vår vurdering være legitimt å vente med beslutningen om direktivet skal inntas i EØS-avtalen.

4. Konsekvenser av reservasjon (“veto”)

I oppdraget er vi bedt om å redegjøre for hvilke konsekvenser det vil få dersom Norge bruker sin adgang til å reservere seg mot direktivet (“nedlegge veto”).

Forutsetningen for den følgende drøftelsen er (i) at norske myndigheter kommer til at de ikke ønsker direktivet inntatt i EØS, og (ii) at man ikke har klart å overtale EU på materielt grunnlag om at direktivet ikke er ”EØS-relevant”.

Den hypotetiske situasjonen er med andre ord at Norge ikke ønsker å godta direktivet, samtidig som EU mener at det naturlig hører hjemme i EØS-avtalen. Dette skal drøftes i det følgende.

4.1 Prosessen ved reservasjon mot nye relevante EF-rettsakter

Kompetansen til å beslutte om en ny EU-rettsakt skal innlemmes i EØS-avtalen eller ikke ligger hos EØS-komiteen. Etter EØS-avtalen artikkel 93 nr 2 skal avgjørelser treffes ved enstemmighet mellom EU på den ene siden og EFTA-statene (som opptrer samlet) på den annen side.

Det betyr at EFTA-statene må samordne sine standpunkter på forhånd. Men også her gjelder det et enstemmighetskrav. Det innebærer at dersom én EFTA-stat ønsker å reservere seg mot en ny rettsakt, så kan ikke de to andre overprøve dette – og beslutningen vil få virkninger for alle tre.

Utgangspunktet er at EØS-avtalen ikke innebærer formell overføring av lovgivningsmyndighet. Det betyr at enhver medlemsstat formelt står fritt til å reservere seg mot nye rettsakter. Dette vil ikke være noe avtalebrudd, og kan heller ikke hevdes å være illojalt mot avtalen. Tvert imot må ”reservasjonsretten” anses som en integrert og legitim del av den konstruksjon som EØS-avtalen innebærer.

En annen sak er at bruk av reservasjonsretten etter forholdene kan utgjøre en trussel mot avtalens "ensartethet" (med den underliggende EU-retten), og utløse virkninger med sikte på å avhjelpe den ubalanse som kan oppstå mellom partene.

Prosedyrene for løsning av uenighet om nye rettsakter er nedfelt i EØS-avtalen art 102 (3) til (6), som lyder:

3. Avtalepartene skal bestrebe seg på å komme til enighet i saker som er relevante for denne avtale.

EØS-komiteen skal særlig bestrebe seg på å finne frem til en gjensidig godtagbar løsning dersom det oppstår et alvorlig problem på et område som i EFTA-statene hører inn under den lovgivende myndighets kompetanse.

4. Dersom EØS-komiteen, selv etter anvendelse av nr. 3, ikke kan komme til enighet om en endring i et vedlegg, skal den undersøke alle andre muligheter for at denne avtale fortsatt skal kunne virke tilfredsstillende, og treffe enhver beslutning for dette formål, herunder muligheten for å konstatere at lovgivningen skal anses likeverdig. Denne beslutningen skal tas senest seks måneder etter at saken er forelagt EØS-komiteen, eller den dag det tilsvarende fellesskapsregelverk trer i kraft dersom denne dag er senere.

5. Dersom EØS-komiteen ved utløpet av fristen etter nr. 4 ikke har tatt noen beslutning om å endre et vedlegg til denne avtale, skal den berørte del av vedlegget, slik det er fastslått i samsvar med nr. 2, betraktes som midlertidig satt ut av kraft, med mindre EØS-komiteen bestemmer det motsatte. Et slikt midlertidig opphør skal få virkning seks måneder etter utløpet av fristen etter nr. 4, men under ingen omstendigheter tidligere enn den dag det tilsvarende fellesskapsregelverk er gjennomført i Fellesskapet. EØS-komiteen skal fortsette sine bestrebelser på å komme til enighet om en gjensidig godtagbar løsning slik at opphøret kan avbrytes så snart som mulig.

6. De praktiske følger av opphøret etter nr. 5 skal drøftes i EØS-komiteen. Rettigheter og forpliktelser som personer og markedsdeltagere allerede har ervervet i henhold til denne avtale, skal fortsatt bestå. Avtalepartene skal avgjøre de justeringer som måtte være nødvendige som følge av opphøret.

Hvorvidt en ny EU-rettsakt skal gjøres til del av EØS-avtalen er i hovedsak et ja/nei-spørsmål. Det kan riktignok være en viss mulighet for EØS-komiteen til å gjøre særskilte EØS-tilpasninger i rettsakten, for å gjøre den mer godtagbar. Men det vil i hovedsak være tale om mindre tekniske justeringer, frister o.l., og ikke større materielle endringer. Dette gjøres sjelden eller aldri, og vil antagelig møte motstand på EU-siden, foruten reise spørsmål om EØS-komiteens kompetanse.

Etter EØS art 102 nr 3 skal avtalepartene "bestrebe seg på å komme til enighet", og dette kan innebære at rettsakten tilpasses noe, for å komme EFTA-statenes innsigelser i møte. I den aktuelle sak kan det muligens være et visst handlingsrom for mindre tilpasninger av datalagringsdirektivet. Dette har vi ikke utredet nærmere. Men etter vårt syn er hovedinnholdet i direktivet den grunnleggende plikten til å lagre visse typer data i en viss periode – og det er neppe en forpliktelse som man kan tilpasse seg bort fra.

Dersom EØS-komiteen ikke kommer til enighet om en endring i et vedlegg, skal den etter art 102 nr 4 undersøke «alle andre muligheter» for at EØS-avtalen skal kunne virke tilfredsstillende, og treffe «enhver beslutning for dette formål».

Dersom komiteen etter seks måneder ikke har truffet noen beslutning, skal den eller ”den berørte del av vedlegget” endringsforlaget gjaldt, betraktes som midlertidig satt ut av kraft, med mindre EØS-komiteen bestemmer det motsatte”. Dette reiser spørsmål om hva som er ”den berørte del” av vedlegget, som er drøftet nedenfor. Videre er det grunn til å merke seg at suspensjonen inntreer automatisk – med mindre EØS-komiteen bestemmer det motsatte. Også dette er en beslutning som krever enstemmighet. Det betyr i klartekst at dersom EFTA-siden benytter reservasjonsretten, så vil det utløse virkninger med mindre partene er enige om at det likevel ikke skal gjøre det. Men dette står EU selvsagt fritt til å avgjøre, og det er følgelig fullt legitimt å argumentere for at de ikke bør insistere på suspensjon.

Dersom partene ikke kommer til enighet, og den berørte del av vedlegget settes midlertidig ut av kraft, så skal dette etter artikkel 102 nr 5 ha virkning seks måneder etter utløpet av fristen etter nr 4. EØS-komiteen skal arbeide videre for å finne en gjensidig godtakbar løsning, og drøfte de praktiske konsekvenser av suspensjonen.

Utover dette gir ikke EØS-avtalen anvisning på rettslige reservasjonsvirkninger. Det kan ikke utelukkes at en reservasjon vil frembringe virkninger av mer politisk karakter. Man kan for eksempel tenke seg at EU blir mindre samarbeidsvillig på andre deler av EØS-samarbeidet eller utenfor dette. Det er vanskelig å forutsi da spørsmålet aldri er satt på spissen, og da det nok vil avhenge både av de nærmere forhold i den enkelte sak, og av hvilket politisk arbeid som gjøres for å begrense eventuelle skadevirkninger. En videre drøftelse av dette faller utenfor vårt mandat.

EØS-avtalens regulering av virkninger av manglende enighet i EØS-komiteen gir oppfordring til å drøfte tre spørsmål. Det første er hva som vil være de berørte deler av vedlegget, herunder hvilket vedlegg som er det aktuelle. Det andre er hvilke virkninger en suspensjon av disse delene av vedlegget vil ha, og det tredje er fra hvilket tidspunkt de berørte delene av vedlegget eventuelt settes ut av kraft.

4.2 Hva er den berørte del av vedlegget?

Etter EØS art 102 nr 2 skal det ”vurderes i EØS-komiteen hvilken del av et vedlegg til denne avtale som ville bli direkte berørt av det nye regelverk”, og etter ordlyden skulle man tro at dette er noe som skal skje i forkant. Som påpekt av Henrik Bull er det imidlertid ikke slik det foregår i praksis:

Tilsynelatende skal det alltid fastslås på forhånd i EØS-komiteen hva den berørte del av vedlegget er, i tilfellet av at et EFTA-land ender opp med å si nei, men dette skjer i praksis ikke. Dermed blir det i praksis opp til partene å bli enige om dette den dagen det er klart at et EFTA-land har sagt nei. Suspensjonen skjer imidlertid

automatisk, uten at det treffes noe vedtak på forhånd. Suspensjonen er altså ikke avhengig av at EØS-partene har klart å bli enige på forhånd om hva suspensjonen egentlig skal innebære i dette konkrete tilfellet. På EU-siden betyr nok det at Kommisjonen fastslår hva dette skal bety i det enkelte tilfellet for EFTA-landenes rettigheter på EU-delen av det indre marked. Skulle EFTA-landene være uenige, finnes det ingen domstol EFTA-landene kan bringe spørsmålet inn for.¹¹

Et første spørsmål er om det i seg selv skal ha noen virkning at EØS-partene på forhånd ikke har angitt hva ”den berørte del av vedlegget” egentlig er. I en artikkel fra 2001 har Arnesen, Graver og Sverdrup argumentert for å se det slik at i fravær av en angivelse av hvilke deler av vedleggene som berøres av en rettsakt, vil unnlattelse av å innlemme rettsakten ikke ha suspensjonsvirkning.¹² Dette vil kunne hevdes i en gitt situasjon. Samtidig er Bull som det fremgår av sitatet ovenfor ikke enig, og legger til grunn at suspensjonen ikke er avhengig av om man har blitt enige på forhånd om hva den berørte delen er. Det er nok mest sannsynlig at EU-siden vil se det på denne måten, dersom spørsmålet skulle komme på spissen.

Som sitatet fra Bull viser, vil det videre i praksis lett kunne bli slik at det er EU-siden (Kommisjonen) som vil avgjøre hva den anser som ”den berørte del av vedlegget”, og for EFTA-statene er det ikke noen mulighet for å få dette rettslig overprøvd for noen domstol. Slik sett er dette en vurdering der EU-siden vil ha et betydelig politisk skjønn. Samtidig er det grunn til å understreke at selv om spørsmålet ikke kan overprøves for domstolene, så er det fortsatt tale om et rettslig vurderingstema, om tolkningen av en traktatbestemmelse, der juridiske argumenter er legitime og bør legge føringer på vurderingen.

På denne bakgrunn er det relevant å gå inn på en nærmere vurdering av hvilken ”del av vedlegget” som vil bli berørt dersom Norge skulle reservere seg mot datalagringsdirektivet.

Så langt vi kan bedømme, er det åpenbart hvilket vedlegg som er det relevante for datalagringsdirektivet. Det er EØS-avtalens [Vedlegg XI](#) om telekommunikasjonstjenester. Direktivet har materielt sett tett tilknytning til slike tjenester, og det er i dette vedlegget man tidligere har plassert nye rettsakter om datasikkerhet, som direktivet viser til. Vi kan ikke se at det er andre vedlegg til EØS-avtalen som vil kunne hevdes å bli berørt.

Det neste spørsmålet er hvilke *deler* av Vedlegg XI som vil bli berørt dersom man reserverer seg mot datalagringsdirektivet. Vedlegget er delt opp i fire delkapitler:

- telekommunikasjonstjenester (27 rettsakter)
- posttjenester (2 rettsakter)
- databeskyttelse (13 rettsakter)
- informasjonssamfunnstjenester (10 rettsakter)

¹¹ Henrik Bull, Saksgangen ved vedtakelse av nytt EØS-regelverk (Lovdata 2005) s. 8.

¹² Arnesen, Graver og Sverdrup, Vetoretten i EØS, Jussens Venner 2001 s. 115, på s. 131.

I tillegg kommer en femte del om rettsakter som partene skal "ta hensyn til". Dette er såkalt "soft law" direktiver, som angir retningslinjer, men ikke er direkte rettslig bindende.

Dersom datalagringsdirektivet i det hele tatt er EØS-relevant, hører det etter vår vurdering hjemme i den delen av vedlegg XI som regulerer datasikkerhet. Det kan ikke utelukkes at Kommisjonen ved en eventuell tvist vil kunne hevde at større deler av vedlegget er berørt, og at også rettsaktene om telekommunikasjon mer generelt må suspenderes. Men materielt sett kan vi ikke se at det her er noen særlig sammenheng, og etter vår vurdering vil det være uproporsjonalt dersom en reservasjon mot datalagringsdirektivet skulle medføre at rettsaktene om telekommunikasjon generelt skulle settes til side, med de virkninger det vil ha.

Vi er følgelig i delkapittelet om databeskyttelse, der det for tiden er 13 rettsakter. De fleste av disse er imidlertid mindre endrings- eller gjennomføringsakter, slik at det egentlig bare er tale om to direktiver: Direktiv 95/46/EF af 24. oktober 1995 "om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger", og direktiv 2002/58/EF af 12. juli 2002 "om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor".

I fortalet til datalagringsdirektivet er det henvist til begge disse direktivene, og det gjøres også en endring i det siste av dem. Slik sett vil det kunne hevdes at begge disse vil bli "berørt". Selv dette er imidlertid ved nærmere analyse en streng og antagelig uproporsjonal vurdering. Går man nærmere inn på de to direktivene, ser man at de bare marginalt berører spørsmål av betydning for datalagringsspørsmålet, og at de i all hovedsak vil kunne fortsette å fungere utmerket selv om datalagringsdirektivet ikke innlemmes i EØS-avtalen.

På denne bakgrunn er vi tilbøyelig til å mene at en suspensjon av de to direktivene om databeskyttelse (95/46 og 2002/58) vil være en uforholdsmessig streng reaksjon på en eventuell reservasjon mot datalagringsdirektivet, og at disse rettsaktene reelt sett ikke vil være berørt.

Det eneste i Vedlegg XI som berøres i direkte forstand dersom Norge reserverer seg mot datalagringsdirektivet er så langt vi kan se én bestemmelse i ett direktiv, nærmere bestemt artikkel 15 i direktiv 2002/58/EF om personvern og elektronisk kommunikasjon, som endres gjennom artikkel 11 i datalagringsdirektivet.

Direktiv [2002/58/EF](#) artikkel 15 lyder:

«Anvendelsesområdet for visse bestemmelser i direktiv 95/46/EF

1. Medlemsstaterne kan vedtage retsfor skrifter med henblikk på at indskrænke rækkevidden af de rettigheder og forpligtelser, der omhandles i artikel 5, artikel 6, artikel 8, stk. 1, 2, 3 og 4, og artikel 9, hvis en sådan indskrænking er nødvendig, passende og forholdsmæssig i et demokratisk samfund af hensyn til den nationale sikkerhed (dvs. statens sikkerhed),

forsvaret, den offentlige sikkerhet, eller forebyggelse, efterforskning, avsløring og retsforfølgning i straffesager eller uautoriseret bruk af det elektroniske kommunikasjonssystem etter artikkel 13, stk. 1, i direktiv 95/46/EF. Med henblik herpå kan medlemsstatene bl.a. vedtage rettsforskrifter om lagring af data i en begrenset periode, som kan begrundes i et af de hensyn, der er nevnt i dette stykke. Alle i dette stykke omhandlede forskrifter skal være i overensstemmelse med fællesskabsrettens generelle prinsipper, herunder principperne i EU-traktatens artikkel 6, stk. 1 og 2.»

De bestemmelsene det vises til, er bestemmelser om avlytting og om bruk og sletting av trafikkdata, lokaliseringsdata og nummeropplysninger. Artikkelen 15 nr. 1 innebærer at medlemsstatene kan ha andre regler enn disse bestemmelsene krever der dette er nødvendig av de hensyn som er nevnt i art. 15.

Datalagringsdirektivet art. 11 bestemmer at den siterte bestemmelsen ikke finner anvendelse på data som uttrykkelig kreves lagret i henhold til datalagringsdirektivet til de formål som er nevnt i dets art. 1 nr. 1. Bakgrunnen er at medlemsstatenes reguleringsfrihet i disse temaene nå reguleres av datalagringsdirektivet.¹³ I tillegg kommer at datalagringsdirektivet art 3 statuerer en lagringsplikt som gjelder uansett hva som måtte følge av direktiv 2002/58/EF art. 5, 6 og 9.

På denne bakgrunn vil det etter vår vurdering kun være meget beskjedne deler av EØS-avtalens Vedlegg XI som kan sies å kunne bli direkte berørt dersom Norge reserverer seg mot datalagringsdirektivet. Det må påpekes at man fra EUs side vil kunne ha et annet syn på dette, men vi kan for vår del ikke se hva dette materielt skulle kunne bygge på.

Etter vårt syn bør dette være et argument for at selv om EU skulle mene at datalagringsdirektivet er ”relevant” for EØS, så bør man fra norsk side kunne argumentere for at EØS-komiteen positivt bør vedta at reservasjon likevel ikke trenger å utløse suspensjonsvirkninger.

4.3 Virkninger av suspensjon

Hvilke virkninger en suspensjon vil ha avhenger av hvor store deler av Vedlegg XI som EU vil anse for å være ”berørt” av en reservasjon mot datalagringsdirektivet.

Dersom den berørte del anses som hele Vedlegg XI antar vi at dette vil kunne få store virkninger for telekommunikasjonssektoren. Dette er ”worst case scenario”. Etter vår vurdering er det ikke materielt grunnlag for så vidtrekkende virkninger, som vil være åpenbart uproporsjonale. Vi har derfor ikke utredet dette nærmere.

Det neste alternativet er at de to direktivene om datasikkerhet (95/46 og 2002/58) anses ”berørt”. Dette vil så langt vi kan se ikke få særlige markedsmessige konsekvenser. Hva gjelder direktiv 2002/58/EF pålegger det medlemsstatene å regulere handlingene til tilbydere av kommunikasjonstjenester underlagt deres

¹³ Se datalagringsdirektivets fortale, pkt. 3 til 12.

jurisdiksjon, samt å sikre brukerne av slike tjenester visse rettigheter overfor tilbyderne. Direktivet regulerer ikke markedstilgangen for leverandører av kommunikasjonstjenester etablert i andre land. En midlertidig ut av kraftsetting av direktivet vil følgelig neppe redusere norske myndigheters reguleringsfrihet i de spørsmål direktivet regulerer, ha betydning for norske aktørers tilgang til markeder i andre EØS-land eller for norske brukeres stilling.

Det tredje alternativet – som etter vårt syn er det mest naturlige – er å si at det eneste som vil kunne bli berørt direkte av en reservasjon er den ene bestemmelsen i direktiv 2002/58/EF artikkel 15 nr. 1 som eksplisitt endres gjennom datalagringsdirektivet artikkel 11. Dette gir grunnlag for å spørre om den adgang direktiv 2002/58/EF art. 15 nr. 1 gir til å ha nasjonale regler om lagringsplikt suspenderes dersom datalagringsdirektivet ikke innlemmes i EØS-avtalen. En slik tolkning har intuitivt formodningen mot seg. Et sentralt poeng med datalagringsdirektivet er å sikre at trafikkdata lagres slik at dette kan benyttes i avdekking, etterforskning og pådømmelse av straffbare handlinger. Dersom en manglende enighet i EØS-komiteen medfører at EFTA-landene i EØS ikke lengre har adgang til å pålegge lagring for dette formålet, rammes mulighetene for å benytte trafikkdata i kriminalitetsbekjempningsøyemed sterkere av at datalagringsdirektivet foreslås innlemmet i EØS-avtalen enn en unnløstelse av å foreslå det innlemmet ville gjort.

En slik tolkning harmonerer også dårlig med direktiv 2002/58/EF art. 1 nr. 3, som blant annet bestemmer at direktivet ikke gjelder for «statens aktiviteter på det strafferettslige området». Artikkel 15 nr. 1 fremstår ved siden av denne bestemmelsen som en presisering av heller enn et unntak fra direktivets øvrige bestemmelser.

Suspensjon av de berørte deler av vedlegget er ikke noen nødvendig følge av manglende enighet om endring. EØS-komiteen kan etter EØS-avtalen art. 102 nr. 5 bestemme at de berørte deler av vedlegget ikke settes ut av kraft. Dette krever en positiv beslutning i EØS-komiteen, og forholdene ligger godt til rette for en slik her.

Etter EØS-avtalen art. 102 nr. 6 skal de praktiske følger av et (eventuelt) opphør drøftes i EØS-komiteen. Disse drøftelsene skal sikre at partenes felles interesser ikke blir skadelidende i større grad enn nødvendig.

4.4. Virkningstidspunktet

EØS-avtalen art. 102 nr. 5 bestemmer at det midlertidige opphøret får virkning ett år etter at spørsmålet om innlemmelse av datalagringsdirektivet ble forelagt EØS-komiteen, men likevel ikke tidligere enn den dag det tilsvarende regelverket er gjennomført i Fellesskapet.

Etter datalagringsdirektivet art. 15 nr. 1 skal direktivet være gjennomført i nasjonal rett senest 15. september 2007. Etter art. 15 nr. 3 kan imidlertid medlemsstatene

utsette gjennomføringen av deler av direktivet til 15. mars 2009. Denne adgangen har en rekke medlemsstater benyttet seg av.

Dette reiser spørsmål om hvilket av de to tidspunktene som vil være relevante for vurderingen av fristene for suspensjonsvirkning. Etter vårt syn må det være den siste av de to. Uttrykket «gjennomført i Fellesskapet» tar sikte på faktisk gjennomføring.¹⁴ Dette medfører at suspensjonen ikke trer i kraft før datalagringsdirektivet faktisk er gjennomført i alle EU-landene. Fastleggelsen av dette må følgelig skje på grunnlag av den underretning medlemsstatene skal gi Kommisjonen i henhold til datalagringsdirektivet art. 15 nr. 1. Dette betyr i så fall at et eventuelt midlertidig opphør tidligst kan inntre 15. mars 2009.

5. Andre måter å unngå direktivet på?

5.1 *Utgangspunkt*

Siste spørsmål i mandatet er om det finnes ”andre måter Norge kan unngå å implementere direktivet på?” Vi forstår dette slik at forutsetningen er at direktivet er innlemmet i EØS-avtalen gjennom beslutning i EØS-komiteen, uten at Norge har motsatt seg dette, og slik at det nødvendige samtykke er innhentet fra Stortinget. Finnes det likevel noen annen måte Norge kan ”unngå” å implementere det på?

Som utgangspunkt og klar hovedregel er svaret nei. Dersom Norge er motstander av et nytt direktiv er det reservasjonsretten som er måten å stoppe det på. Når direktivet først er innlemmet som en del av EØS-avtalen er det folkerettslig bindende for Norge, og da plikter norsk lovgiver å gjennomføre det lojalt. Dersom det ikke gjøres, vil det være traktatbrudd, som Norge vil kunne dømmes for av EFTA-domstolen. Alternativet vil være å si opp EØS-avtalen på grunn av datalagringsdirektivet, hvilket neppe er eller bør være realistisk.

5.2 *Unntaksregelen i EØS art 97*

Det eneste mulige unntaket fra dette er bestemmelsen i EØS art 97, som lyder:

Art 97. Denne avtale berører ikke den enkelte avtaleparts rett til å endre sin interne lovgivning på de områder som omfattes av denne avtale, med forbehold for prinsippet om ikke-diskriminering og etter å ha underrettet de andre avtaleparter,

- dersom EØS-komiteen fastslår at den endrede lovgivning ikke medfører at avtalen ikke vil virke tilfredsstillende, eller
- dersom fremgangsmåten omhandlet i artikkel 98 er fullført.

¹⁴ Se Arnesen, Graver og Sverdrup, Vetoretten i EØS, Jussens Venner 2001 s. 115, på s. 120 til 121.

Denne unntaksmuligheten har så langt ikke vært brukt i EØS-avtalens historie, og det må sies å være noe uklart hva som nærmere ligger i den, og hvordan den vil kunne fungere.¹⁵ Bestemmelsen åpner for at EU og EØS-landene kan ha lovgivning som avviker fra hva EØS-avtalen krever. En forutsetning er at lovgivningen er ikke-diskriminerende, at det er gitt underretning til de øvrige avtalepartene og at EØS-komiteen fastslår at den endrede lovgivningen ikke vil medføre av EØS-avtalen ikke fungerer tilfredsstillende.

Etter ordlyden er EFTA-landenes adgang til å få godkjent avvikende lovgivning videre enn medlemsstatene i EUs adgang etter EF art. 95 til å ha lovgivning som avviker fra direktiver krever.¹⁶ Samtidig krever avvik EØS-komiteens samtykke, og EØS-komiteen fatter sine beslutninger ved enighet. Det er vanskelig å ha noen formening om sannsynligheten for at EØS-komiteen samtykker i at Norge har eller opprettholder en lovgivning som avviker fra hva datalagringsdirektivet krever. Det kan ikke utelukkes at et samtykke etter EØS-avtalen art. 97 kan fremstå som et alternativ til at direktivet ikke innlemmes i EØS-avtalen i det hele tatt, men særlig sannsynlig er vel dette ikke.

5.3 Rammene for gjennomføring av direktivet i norsk rett

Ved en drøftelse av om Norge bør prøve å ”unngå” direktivet, hører etter vårt syn også en realitetsvurdering av det handlingsrom som nasjonale myndigheter har ved eventuell gjennomføring og implementering av dets regler.

Dette har vi ikke utredet i detalj. Men et hovedinntrykk er at det innenfor rammene av direktivet er betydelig rom for nasjonal tilpasning, som gjør det mulig for nasjonal lovgiver å ta hensyn til og imøtekomme svært mye av den kritikken som har vært reist mot direktivet i den norske offentlige debatt. Det direktivet krever er datalagring i en gitt periode, som er minimum 6 og maksimum 24 mnd. Det er kjernen, og egentlig det meste av innholdet. Utover dette står nasjonal lovgiver temmelig fritt med hensyn til hvordan lovgivningen nærmere skal utformes, og fritt til å regulere hvem som skal ha tilgang til de lagrede dataene, samt til å legge inn de rettsikkerhetsgarantier som anses nødvendig.

Ved en debatt om Norge skal reservere seg mot direktivet, må man følgelig stille spørsmålet: Hva er det egentlig i direktivet man er imot? Etter vårt syn har den offentlige debatt på dette punkt til nå vært til dels nokså forvirret. En rekke av de elementer som er anført mot direktivet er i realiteten forhold som norsk lovgiver

¹⁵ Bestemmelsen er grundig behandlet av Hans Petter Graver i Arnesen og Graver, Rettslige sider ved Norges EU-rettede avtaler, Makt og demokratiutredningen, Rapportserien nr. 19, avsnitt 2.2.2. Rapporten finnes elektronisk på <http://www.sv.uio.no/mutr/publikasjoner/rapp2000/Rapport19.html>

¹⁶ Det kan påpekes at vurderingstemaet etter EØS-avtalen art. 97 ikke er om det er ønskelig at en EFTA-stat har avvikende lovgivning, men om avviket vil medføre at EØS-avtalen ikke vil fungere tilfredsstillende. Uenighet om et avvik vil ha slik virkning, vil være en uenighet om forståelsen, eller i det minste anvendelsen, av EØS-avtalen, og slik uenighet finner etter EØS-avtalen art. 111 sin løsning i EØS-komiteen.

selv kan regulere, innenfor rammene av lojal etterlevelse. Dette hører med i diskusjonen om hvilket handlingsrom norske myndigheter har i saken. Det hører også med at dette området synes å være mangelfullt regulert i norsk rett per i dag, slik at det uansett kan være behov for lovrevisjon, enten det skjer som ledd i en gjennomføring av direktivet eller uavhengig av dette.

6. Avsluttende merknader

Hvorvidt det er ønskelig at Norge reserverer seg mot at datalagringsdirektivet innlemmes i EØS-avtalen eller ikke er etter vårt syn et politisk spørsmål, der det er rom for legitim uenighet, og som vi ikke skal ha uttalt oss om.

Men dersom norske myndigheter kommer til at man ikke ønsker direktivet inntatt i EØS – eller i det minste å utsette dette – så gjelder etter vårt syn følgende:

- Det er legitimt under EØS-avtalen å avvente resultatet av rettssaken Irland har anlagt mot direktivet før man tar stilling til om det skal inntas i avtalen.
- Det kan argumenteres materielt for at direktivet etter sitt innhold faller utenfor EØS-avtalens virkeområde, og dersom Norge ønsker å reservere seg er dette den mest naturlige og legitime begrunnelsen.
- Dersom EU ikke er enig i at direktivet faller utenfor EØS-avtalens naturlige virkeområde vil dette kunne medføre suspensjonsvirkninger, men materielt sett synes det bare å være svært beskjedne deler av EØS-avtalens Vedlegg IX som vil bli direkte "berørt" av dette.
- Utover dette er det et åpent spørsmål i hvilken grad bruk av reservasjonsretten vil kunne føre til mer indirekte politiske virkninger.
- Dersom direktivet inntas i EØS-avtalen vil norsk lovgiver være forpliktet til å gjennomføre det i norsk rett, men man vil ha betydelig valgfrihet med hensyn til hvordan dette nærmere skal gjøres, og hvilke garantier som oppstilles.

* * * * *

Oslo, 6. juni 2008

Finn Arnesen
Professor dr juris

Fredrik Sejersted
Professor dr juris