

## Om datalagringsdirektivet EØS-rettslige relevans

### 1. Innledning

Det vises til forespørsel fra Samferdselsdepartementet om en utredning av spørsmålet om datalagringsdirektivets EØS-rettslige relevans i lys av det forslag til avgjørelse i sak C-301/06 for EF-domstolen som generaladvokat Bot fremsatte 14. oktober 2008. I e-post av 17. november 2008 fra departementet ved Heidi Karlsen ble oppdraget nærmere spesifisert som følger:

- 1) Forutsatt at utfallet av rettssaken blir at Irland ikke får medhold. Hvordan kan Norge forholde seg til spørsmålet om innlemming i EØS-avtalen? Hvilke momenter taler for at det ikke er EØS-relevant, og hvilke momenter taler for at det er EØS-relevant?
- 2) Forutsatt at man fra norsk side konkluderer med at direktivet er EØS-relevant. Hvilke momenter bør vektlegges i en vurdering av om direktivet er akseptabelt?
- 3) Forutsatt at man fra norsk side konkluderer med at direktivet er EØS-relevant. I hvilken grad vil diskusjonen om formålet med direktivet (kriminalitetsbekjempelse eller harmonisering innenfor ekomregelverket) kunne inngå som et moment i diskusjonen om hvorvidt direktivet er akseptabelt?

Som departementet er kjent med, avga vi en betenkning om ”Datalagringsdirektivet og EØS-avtalen” til IKT-Norge den 6. juni 2008, som er offentlig tilgjengelig.<sup>1</sup> Her drøfter vi utførlig flere av de forhold som departementets henvendelse berører. På denne bakgrunn forstår vi oppdraget dit hen at det særlig bes om en vurdering i lys av den uttalelsen som generaladvokat Bot avga 14. oktober 2008, som er det som har skjedd av nytt siden vår forrige utredning. Uttalelsen fra generaladvokaten kan også gi en pekepinn om hvilket resultat det er sannsynlig at EF-domstolen vil komme til – selv om det alltid vil være usikkerhet om dette.

Innledningsvis bør det knyttes noen kommentarer til de to begrepene departementet viser til i sin henvendelse – om direktivet er henholdsvis ”EØS-relevant” og ”akseptabelt”. Dette er to nokså ulike vurderingstemaer.

---

<sup>1</sup> Utredningen er lagt ut av IKT-Norge i pdf, med link fra <http://www.ikt-norge.no/NYHETER/Aktuelle-nyheter1/--Norge-kan-slippe-datalagringsdirektivet/>

Med ”EØS-relevant” forstår vi at direktivet etter sitt innhold faller naturlig innenfor EØS-avtalens materielle dekningsområde. Dette er et stykke på vei et rettslig spørsmål, men det er samtidig også en vurdering med betydelige elementer av politisk skjønn, og som ikke er underlagt direkte domstolskontroll. Dette er nærmere beskrevet nedenfor.

Hvorvidt direktivet er ”akseptabelt” kan vanskelig forstås annet enn som et spørsmål om det er *politisk ønskelig*. Dette vil kunne avhenge både av ideologiske hensyn og faglige og administrative argumenter. Her har det vært delte meninger i samfunnsdebatten, både blant de politiske partiene og andre aktører, slik som IKT-Norge, Datatilsynet, representanter for påtalemyndigheten og andre. For egen del er vi verken eksperter på kriminalitetsbekjempelse eller personvern, og ser for øvrig avveiningen av de kryssende hensyn som et utpreget politisk spørsmål, som det ikke er opp til oss å avgjøre. Vi ser det med andre ord ikke som vår oppgave å vurdere om direktivet er ”akseptabelt”, og vil søke å holde oss til en faglig nøytral gjennomgang av de EØS-rettslige spørsmål henvendelsen reiser.

Etter vårt syn bør departement, regjering og Storting først vurdere om direktivet er ønskelig, akseptabelt, eller uakseptabelt – ut fra en politisk og materiell vurdering. Deretter får man om nødvendig, hvis man kommer til at det er uakseptabelt, vurdere de EØS-rettslige rammene for bruk av ”reservasjonsretten”. Også dette er i siste hånd en politisk avveining – av om antatte fordeler oppveier antatte ulemper.

For de aller fleste EU-direktiver som Norge overtar gjennom EØS-avtalen er det klart at de er ”EØS-relevante”, og etter sitt innhold åpenbart faller innenfor avtalens dekningsområde. Noen ganger kan dette imidlertid være diskutabelt. Datalagringsdirektivet er et eksempel – her kan det argumenteres rettslig både for at direktivet er EØS-relevant og for at det ikke er det.

I slike tilfeller vil det etter vårt syn være lite klokt av norske myndigheter å først konkludere med at det er ”relevant”, for så å anføre at det likevel ikke er ”akseptabelt”. Det vil være å unødigg oppgi en legitim forhandlingsposisjon.

Når de to siste spørsmålene fra departementet åpner med å ”forutsette” at ”man fra norsk side konkluderer med at direktivet er EØS-relevant” er det derfor en innfallsvinkel til saken som vi bestemt vil fraråde.

Først må regjeringen bestemme seg for om direktivet er akseptabelt. Dersom det er det, er det greit – da trenger ikke spørsmålet om EØS-avtalens yttergrense å settes på spissen. Dersom det ikke er det, kan man overfor EU og de andre EFTA-statene vise til argumentene for at direktivet etter sitt innhold ikke naturlig omfattes av det EØS-avtalen er ment å regulere, og derfor ikke er ”relevant”.

Det må presiseres at dersom det oppstår uenighet mellom EU og Norge om hvorvidt datalagringsdirektivet skal tas inn i EØS-avtalen, så vil denne uenigheten måtte håndteres etter prosedyrene i avtalens hoveddel artikkel 102, uansett om striden står

om ”relevans” eller ønskelighet. Men fra et forhandlingsperspektiv må det være bedre å argumentere for at direktivet materielt sett ikke er ”EØS-relevant” enn å innrømme at det er det, men likevel reservere seg. Dersom man lykkes i å få EU med på at direktivet ikke er relevant, så stopper saken der, uten noen virkninger for avtalen. Dersom argumentasjonen er at man ikke finner et EØS-relevant direktiv ”akseptabelt” (etter at det er akseptert av nesten alle EUs medlemsstater) vil terskelen for å utløse konsekvenser etter art 102 (5) antas å være lavere.<sup>2</sup>

## **2. Vurdering av den pågående rettssaken om direktivets gyldighet**

### **2.1. Innledning**

Som departementet er kjent med har Irland gått til søksmål for EF-domstolen med påstand om at datalagringsdirektivet må kjennes ugyldig fordi det er vedtatt på galt hjemmelsgrunnlag. Søksmålet ble anlagt i juli 2006, med saksnummer C-301/06, og verserer fortsatt. Generaladvokat Bot avga sitt forslag til avgjørelse i oktober 2008, og dom i saken kan antagelig ventes om ikke så lenge.

Den pågående rettssaken har betydning for den norske debatten om direktivet på to måter.

For det første har rettssaken gitt Norge og de andre EFTA-statene en begrunnelse for å utsette avgjørelsen av om direktivet skal inntas i EØS-avtalen. Dersom Irland vinner frem vil direktivet være ugyldig. Så lenge dette er omstridt er det derfor legitimt å avvete dommen. Så snart dommen er falt, vil det imidlertid være naturlig at EØS-prosessen avklares.

For det andre vil utfallet av saken kunne ha betydning for vurderingen av om direktivet er EØS-relevant. Dersom EF-domstolen kommer til at det er ugyldig, bortfaller EØS-problematikken.<sup>3</sup> Dersom domstolen kommer til motsatt resultat, kan det sies å skape en viss presumsjon for at direktivet er EØS-relevant. Rettsakter vedtatt med hjemmel i EFT artikkel 95 vil normalt bli ansett for å falle innenfor EØS-avtalens dekningsområde. Men dette gjelder likevel ikke uten videre, som vi skal komme tilbake til nedenfor i avsnitt 3.

### **2.2. Hovedtrekk ved saken – vurderingstemaet**

Da det første forslaget om felles EU-regler om datalagring ble fremsatt i 2004 var det innenfor samarbeidet i ”tredje søyle”, om justis- og innenrikssaker, basert på hjemmelen i Unionstraktaten (TEU) artikkel 31 og 34. Under lovgivningsprosessen

---

<sup>2</sup> Se nærmere vår betenkning til IKT-Norge s. 4-6, og nederst s. 8.

<sup>3</sup> EU vil i så fall kunne vedta tilsvarende regler på nytt, med hjemmel i ”tredje søyle”, dersom det er tilstrekkelig flertall for dette. Men rettsakter vedtatt i tredje søyle vil ikke være EØS-relevante. Se ellers note 10 (s. 9) i vår betenkning for IKT-Norge.

kom Kommisjonen til at slike regler hørte hjemme i første søyle, som del av EF-samarbeidet, og utarbeidet forslag om et direktiv hjemlet i EF-traktaten (EFT) art 95. Dette ble akseptert av Europaparlamentet og Rådet, som i 2006 vedtok direktivet med bredt flertall. I Rådet stemte kun Irland og Slovakia imot.

Den pågående rettssaken gjelder utelukkende spørsmålet om direktivet er vedtatt med hjemmel i riktig bestemmelse.

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 “tredje søyle”, i TEU avsnitt VI, som gir bestemmelser om politisamarbeid og rettslig samarbeid i kriminalsaker.

Saken ble anlagt av Irland, med Europaparlamentet og Rådet som motpart. For domstolen har Irland fått støtteinnlegg fra Slovakia. På den annen side har Kommisjonen gitt innlegg til støtte for Rådet og Parlamentet, og det samme har Nederland, Spania og the European Data Protection Supervisor (EDPS).

Rettslig sett føyer saken seg inn i en serie avgjørelser fra EF-domstolen der den har vært nødt til å ta stilling til spørsmålet om en rettsakt er vedtatt med korrekt hjemmel. Frem til vedtakelsen av Unionstraktaten dreide slike søksmål seg om den anvendte hjemmelen var tilstrekkelig. Med vedtakelsen av Unionstraktaten, har annullasjonssøksmålene fått en tilleggsdimensjon, fordi art 47 TEU medfører at verken Unionstraktaten eller vedtak fattet med hjemmel i den kan ”berøre” EF-traktaten eller vedtak fattet med hjemmel i den.

Dette gjør at det må foretas en grenseoppgang mellom de vedtak som kan fattes med hjemmel i EF-traktaten og dem som kan fattes med hjemmel i Unionstraktaten. Litt enkelt sagt, er det slik at dersom et vedtak kan fattes med hjemmel i EF-traktaten, kan det ikke fattes med hjemmel i Unionstraktaten. Det avgjørende spørsmålet i saken er derfor om et vedtak med det innhold datalagringsdirektivet har i det hele tatt kan fattes med hjemmel i EF-traktaten artikkel 95.

### **2.3. Partenes anførsler**

Partenes hovedanførsler er gjengitt i forslaget til avgjørelse fra generaladvokat Bot, som den følgende fremstillingen bygger på.

Kjernen i Irlands anførsler er at det vesentligste formålet med datalagringsdirektivet er å lette etterforskning, oppklaring og forfølgning av alvorlige straffbare handlinger, og at direktivet derfor verken tar sikte på, eller faktisk vil, forbedre det indre markedes funksjon. EF-traktaten artikkel 95 kan derfor ikke tjene som

hjemmel. Dette argumentet har dekning i rettspraksis, og en sentral avgjørelse i denne sammenheng er EF-domstolens dom i [sak C-376/98, Tobakksreklame I](#).<sup>4</sup>

Slovakia støtter Irland. Slovakia har to anførsler. Den første er at EF-traktaten art. 95 ikke kan hjemle et direktiv hvis hovedformål ikke er å realisere det indre marked, men å muliggjøre statlige tiltak på strafferettsområdet. Slovakias andre anførsel er at de regler direktivet pålegger innført representerer et inngrep i retten til privatliv slik denne er vernet i EMK art. 8 som økonomiske argumenter – hensynet til et velfungerende indre marked – ikke kan legitimere.

Dette imøtegår av Europaparlamentet, Rådet, Kommisjonen, Nederland og Spania. Europaparlamentet gjør blant annet gjeldende at Irland legger til grunn en gal forståelse av datalagringsdirektivets formål og innhold. Blant Europaparlamentets argumenter er at siden datalagringsdirektivet pålegger oppbevaring av data som direktiv 2002/58 pålegger slettet, må datalagringsdirektivet nødvendigvis vedtas med hjemmel i EF-traktaten. TEU art. 47 er jo til hinder for at slike vedtak fattes med hjemmel i bestemmelser i 3. søyle. Argumentet forutsetter imidlertid at direktiv 2002/58 virkelig pålegger slettet de opplysninger datalagringsdirektivet pålegger lagret, og dette kan det nok være delte meninger om.

Rådet fremhever blant annet femte og sjette betraktning i datalagringsdirektivets fortale, der det påpekes at særlige regler om lagring av data med henblikk på å forebygge, etterforske, avsløre og rettsforfølge straffbare handlinger finnes i flere medlemsstater, og at forskjeller mellom de nasjonale reglene utgjør en hindring for et indre marked for elektronisk kommunikasjon. Hindringen ligger i at tjenestetilbyderne må oppfylle forskjellige krav til hvilke typer trafikk- og lokaliseringsdata som skal lagres, lagringsbetingelser og lagringsmetode.

Kommisjonen påpeker blant annet at forskjellene mellom nasjonale regler om datalagring har betydelige økonomiske konsekvenser som kan føre til vesentlige forstyrrelser i markedet. Riktignok faller statlige tiltak på strafferettsområdet utenfor virkefeltet til direktivene 95/46 og 2002/58, men Kommisjonen er av den oppfatning at datalagringsdirektivet ikke regulerer strafferettsområdet som sådan, men dataoperatørens behandling av data. Kommisjonen er også av den oppfatning at dersom medlemsstatenes adgang til å regulere oppbevaring av trafikk- og lokaliseringsdata for bruk i straffeforfølgingsøyemed faller utenfor direktivene 95/46 og 2002/58, vil henholdsvis art. 13 (1) i direktiv 95/46 og art. 15 (1) i direktiv 2002/58 være overflødige og dermed uten betydning for art. 3 (2) i 95/46 og art. (3) i direktiv 2002/58.

#### **2.4. Generaladvokatens vurdering av saken**

Generaladvokat Bot kom i sitt forslag til avgjørelse av 14. oktober 2008 til at EFT artikkel 95 var korrekt hjemmel for å vedta datalagringsdirektivet.

---

<sup>4</sup> Sml. 2000 s. I-8419. Se særlig premissenes 81 til 86.

Slik generaladvokaten legger opp sin drøftelse, er problemstillingen om et vedtak med datalagringsdirektivets innhold kunne blitt vedtatt med hjemmel i tredje søyle uten at den grensen TEU art 47 trekker blir overskredet. Dette søkes løst gjennom en drøftelse av om datalagringsdirektivet faller innenfor det området EFT art 95 dekker.<sup>5</sup> Generaladvokaten gir så en sammenfatning av rettspraksis i tilknytning til EFT art 95, hvor han påpeker at ulike nasjonale regler i seg selv ikke berettiger bruk av bestemmelsen. Det er først der slike ulikheter begrenser de grunnleggende frihetene, og dermed hindrer det indre markedes opprettelse eller funksjon, at EFT art 95 hjemler harmoniseringstiltak. EFT art 95 hjemler også tiltak som skal forebygge hindringer for det indre marked ulike nasjonale regler kan skape, men det kreves da at det er sannsynlig at slike hindringer vil oppstå, og at det vedtak som fattes på grunnlag av EFT art 95 er slik utformet at det forebygger hindringene.<sup>6</sup>

Generaladvokaten sammenfatter rettspraksis slik at EFT art. 95 må forstås dithen at bestemmelsen gir hjemmel for tiltak som rent faktisk har til formål å bedre mulighetene for etableringen av og virkemåten til det indre marked.<sup>7</sup> At direktivet også har andre formål, er derfor etter hans oppfatning uten betydning.

Generaladvokaten finner at de forutsetninger for bruk av EFT art 95 som lar seg utlede av rettspraksis er tilfredsstillt. Sentralt i argumentasjonen står fjerde og sjette avsnitt i datalagringsdirektivets fortale. Her fremheves det at medlemsstatene har utferdiget en rekke regler om datalagring på grunnlag av «the powers conferred upon them by art 15 (1) of Directive 2002/58» med henblikk på gjøre det mulig å forebygge, etterforske, avsløre og pådømme kriminelle handlinger.<sup>8</sup>

Generaladvokaten drøfter så om ulikhetene i de nasjonale reglene rent faktisk kan hindre opprettelsen av det indre marked eller dets funksjon. Dette mener han at de vil, fordi forpliktelsene til å oppbevare data medføre økonomiske byrder for tjenesteleverandørene, og at disse er proporsjonale med mengden data som pålegges lagret. Generaladvokaten ser det derfor slik at tjenesteleverandørene vil møte kostnader knyttet til lagring av trafikkdata, som varierer med hvilken medlemsstat leverandøren ønsker å levere tjenester i, og at dette utgjør et hinder for fri bevegelighet av elektroniske kommunikasjonstjenester og dermed også for opprettelsen av et indre marked i denne sektoren. Han finner også at ulikhetene kan påvirke konkurransen mellom de foretak som opererer innenfor sektoren.

I pkt. 90 flg. går så generaladvokaten i rette med Irlands og Slovakias argumenter. Generaladvokaten fremhever her at så lenge vilkårene for bruk av EF-traktaten art. 95 er tilfredsstillt, er det uten betydning at generelle hensyn knyttet til eksempelvis

---

<sup>5</sup> Se forslaget til avgjørelse pkt. 78.

<sup>6</sup> Forslaget til avgjørelse pkt. 79.

<sup>7</sup> Forslaget pkt. 79.

<sup>8</sup> Forslagets pkt. 81.

offentlig orden og sikkerhet tillegges avgjørende vekt i de vurderinger som gjøres, og viser til EF-domstolens avgjørelse i [sak C-380/03, Tobakksreklame II](#),<sup>9</sup> samt EF-traktaten art. 95 nr. 3.<sup>10</sup> Det kan nok settes spørsmålstegn ved hvor overbevisende dette argumentet er – i den aktuelle saken var det folkehelsehensyn som ble tillagt avgjørende vekt, og dette hensynet er uttrykkelig nevnt i EFT art. 95 nr. 3. De generelle hensyn datalagringsdirektivet forfølger, er av en annen karakter.

Generaladvokaten mener videre at de tiltak datalagringsdirektivet foreskriver er tiltak som ikke lar seg henføre under samarbeidet om politisaker, rettslige og indre anliggender eller strafferettslige spørsmål. Datalagringsdirektivet regulerer etter generaladvokatens oppfatning forhold som inntreffer før disse samarbeidsområdene aktualiseres.<sup>11</sup>

I pkt. 109 flg. fremhever så generaladvokaten at den analysen han har gjennomført, og de resultater den leder til, ikke er i strid med EF-domstolens vurderinger i [forente saker C-317/04 og C-318/04, Passasjerlistesakene](#).<sup>12</sup> Disse sakene gjaldt gyldigheten av Rådets vedtak, hjemlet i EF-traktaten art. 95, om inngåelse av avtale mellom Det europeiske fellesskap og USA om utlevering av passasjerdata til amerikanske myndigheter og Kommisjonens vedtak, fattet med hjemmel i direktiv 95/46/EF, personverndirektivet, art. 25 nr. 6 om at tilstrekkelig vernnivå forelå. EF-domstolen underkjente så vel kommisjonsvedtaket som rådsvedtaket. For så vidt gjaldt kommisjonsvedtaket, fant EF-domstolen at utleveringen av de aktuelle dataene var en behandling av persondata som faller utenfor direktivets virkeområde slik dette er angitt i art 3 nr. 2. I den forbindelse sonderer EF-domstolen mellom innsamlingen av dataene – som skjer i forbindelse med salg av flybilletter og dermed klart omfattes av fellesskapsretten – og behandlingen av opplysningene for statlige sikkerhetsformål.<sup>13</sup> For så vidt gjaldt rådsvedtaket om å inngå avtale med USA om utlevering av passasjeropplysninger, fant EF-domstolen at dette ikke kunne hjemles i EF-traktaten art. 95. Grunnen til det var at avtalen gjaldt utlevering av personopplysninger der behandlingen av opplysningene var et ledd i aktiviteter som ikke reguleres av fellesskapsretten, men av Unionstraktatens avsnitt V og VI. I saken ble det argumentert med at ulik utleveringspraksis medlemsstatene i mellom kunne påvirke flyselskapenes konkurranseposisjon, men domstolen lot seg åpenbart ikke overbevise av det argumentet, og behandlet det ikke.

Vi ser ikke grunn til å gå nærmere inn i generaladvokatens analyse her, men nøyer oss med å bemerke at det er så vel forskjeller som likhetspunkter mellom de rettsspørsmål som var til behandling i passasjerlistesakene og de som er til behandling i saken om datalagringsdirektivet.

---

<sup>9</sup> Sml. 2006 s. I-11573, premissenes 39.

<sup>10</sup> Forslaget til avgjørelse, pkt. 97.

<sup>11</sup> Forslaget til avgjørelse pkt. 99 flg.

<sup>12</sup> Sml. 2006 s. I-4721.

<sup>13</sup> Se Sml. 2006 s. I-4721, premissenes 57

### **2.5. Vurdering av sakens utfall**

Uttalelsen fra generaladvokat Bot er omfattende, og dekker et område av EU-retten som er komplisert og til dels omstridt. Det er derfor vanskelig å gå inn i noen materiell drøftelse og etterprøving punkt for punkt om hans drøftelse er ”riktig” juss eller ikke. Dette er heller ikke hensiktsmessig så meget mer som EF-domstolens dom i saken snart vil falle – med et endelig autoritativt svar. Og det er heller ikke nødvendigvis avgjørende for om direktivet er ”EØS-relevant”.

Fra et prosessrisikoperspektiv bør departementet imidlertid være forberedt på at EF-domstolen kan følge generaladvokaten i resultat, om ikke nødvendigvis i argumentasjon (som nok vil være betydelig kortere). Dette er ikke sikkert. Domstolen kan komme til motsatt resultat, og selv om hovedregelen er at EF-domstolen følger generaladvokaten i resultat, hender det ikke så rent sjelden den ikke gjør det. Men allerede partskonstellasjonen i saken viser at Irland slåss i motbakke, mot samtlige av de sentrale EU-institusjonene, som alle mener at hjemmelsvalget er korrekt, og som har støtte fra flere medlemsstater samt EPDS.

Videre har hjemmelskravet i artikkel 95 tradisjonelt ikke vært tolket særlig strengt, og det er langt på vei nok at en rettsakt har et visst ankerfeste i hensyn knyttet til det indre marked for at artikkel 95 anses tilstrekkelig. Dersom EF-domstolen godtar den faktiske anførselen om at datalagringsdirektivet vil kunne ha en viss virkning på markedet for elektroniske kommunikasjonstjenester, så vil det antagelig være nok til at den rettslig godtar at artikkel 95 er korrekt hjemmel, selv om hovedformålet med direktivet utvilsomt er å bekjempe kriminalitet.

## **3. Direktivets EØS-rettslige ”relevans”**

Dersom EF-domstolen kommer til at det var galt å vedta datalagringsdirektivet med hjemmel i EFT artikkel 95, vil det være ugyldig – og da bortfaller spørsmålet om det skal inntas i EØS-avtalen.

Dersom EF-domstolen godtar at direktivet er gyldig hjemlet, så vil spørsmålet igjen aktualiseres om det skal inntas i EØS-avtalen. Som nevnt bør norske myndigheter da etter vårt syn først gjøre seg opp en mening om direktivet er ønskelig, basert på en materiell faglig og politisk vurdering. Dersom det er tilfellet, er saken grei. Dersom det ikke er tilfellet, bør man tenke grundig gjennom hvordan det best mulig kan argumenteres for at direktivet ikke er ”relevant”, i den forstand at det ikke faller naturlig innenfor EØS-avtalens dekningsområde.

Dersom det oppstår uenighet med EU (ved Kommisjonen) om dette, må norske myndigheter være forberedt på at de argumenter som generaladvokat Bot og EF-



domstolen har angitt for at direktivet hører hjemme i reguleringen av det indre marked etter art 95 også vil kunne anføres til støtte for at det er EØS-relevant.

Et stykke på vei er dette naturlig. Et hovedformål med EØS-avtalen er å gi EFTA-statene tilgang til EUs indre marked, og det forutsetter at man er med på alle sider av reguleringen av markedet, og ikke bare de man selv har fordel av. De aller fleste direktiver som vedtas med hjemmel i artikkel 95 vil også være EØS-relevante, og det kan nok oppstilles en presumsjon for dette.

På den annen side er det viktig å understreke at testen for hva som kan vedtas med hjemmel i EFT artikkel 95 *ikke* er identisk med testen for "EØS-relevans" – verken materielt eller prosessuelt.

For det første er de to testene prinsipielt og prosessuelt forskjellige. Hvorvidt en rettsakt i EU er korrekt vedtatt etter en gitt hjemmelsbestemmelse (f eks art 95) anses som et renskåret rettslig spørsmål, som kan bringes inn for EF-domstolen og prøves fullt ut. Hvorvidt en EU-rettsakt er "EØS-relevant" eller ikke er en annen type vurdering. Det er rettslige elementer her, og det vil være nødvendig å tolke både rettsakten og EØS-avtalens bestemmelser, for å kunne vurdere om man er innenfor de områdene som ellers er dekket. Men samtidig er ikke avtalens yttergrenser klarere definert enn at det er en gråsoner, med rom for politisk skjønn. Hvor vidt eller snevert dekningsområdet for EØS-retten skal trekkes i tvilstilfelle er og bør være et politisk spørsmål. Dertil kommer at de vedtak som treffes om dette, i EØS-komiteen, ikke er underlagt direkte domstolskontroll. Dersom EØS-komiteen vedtar at et EU-direktiv skal innlemmes i EØS-avtalen, så kan dette som hovedregel ikke innlages for domstolene. Og dersom EØS-komiteen (eller partene stilltiende på forhånd) motsatt kommer til at et gitt direktiv *ikke* er EØS-relevant, så er det vanskelig å se at dette i det hele tatt kan bringes inn for noen domstol.

For det andre er heller ikke det materielle vurderingstemaet identisk. Ved vurderingen av om en rettsakt kan vedtas med hjemmel i artikkel 95, har EF-domstolen i en serie dommer meislet ut et detaljert rettslig vurderingstema, som reflektert i uttalelsen fra generaladvokat Bot. Dette er rettslige kriterier som blant annet tar sikte på en grenseoppgang mellom EUs første og tredje søyle, eller forholdet mellom EU-institusjonenes kompetanser. Dette er *ikke* det samme som spørsmålet om hva som er EØS-avtalens naturlige dekningsområde. Det er rett og slett et annet materielt vurderingstema – av hva EØS-avtalen i dag dekker, hva den bør dekke, og hva partene har ment at den skal dekke i fremtiden.

Dette kan illustreres ved å vise til at generaladvokat Bot blant annet i punkt 92 viser til at det er ubestridt at hovedformålet med datalagringsdirektivet er hensynet til kriminalitetsbekjempelse. Som han deretter argumenterer for i premissene 96 følgende er dette imidlertid EF-rettslig ikke tilstrekkelig til å slå fast at det ikke kan vedtas med hjemmel i artikkel 95. Tvert imot. Så lenge direktivet kan påvirke det indre marked, så gir artikkel 95 på visse vilkår tilstrekkelig hjemmel, selv om formålet med direktivet er slike hensyn som egentlig hører hjemme i tredje søyle.

En slik argumentasjon kan være EF-rettslig korrekt, selv om det gjenstår å se om EF-domstolen vil være enig. Men uansett er dette etter vårt syn ikke en type argumentasjon som automatisk kan overføres til EØS-retten, for å avklare hvilke rettsakter som er "EØS-relevante", i den forstand at de naturlig hører hjemme innenfor avtalens dekningsområde. Tvert imot kan det like naturlig anføres at et direktiv som har kriminalitetsbekjempelse som formål ikke naturlig hører hjemme i EØS-retten, selv om det kan hevdes i noen grad å påvirke det indre marked.

Det vises her videre til vår betenkning av 6. juni 2008 i saken, der dette er nærmere drøftet på s. 7-8, og der vi også påpeker at datalagringsdirektivet i motsetning til mange andre nye direktiver vil være en klar materiell utvidelse av EØS-avtalen, og ikke bare en detaljregulering av allerede forpliktende hovedprinsipper:

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 bevegelse 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 rettstilstanden. 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.

En slik materiell utvidelse av EØS-avtalens virkeområde bør primært anses som et politisk snarere enn et rettslig spørsmål, og behandles deretter. Og det er prinsipielt vesensforskjellig fra spørsmålet om rekkevidden av EFT artikkel 95 som hjemmel, og grensen mellom EUs første og tredje søyle. Dette er det grunnlag som norske myndigheter etter vårt syn bør anføre overfor EU dersom EF-domstolen kommer til at direktivet er gyldig vedtatt, og dersom man på norsk side etter en faglig og politisk vurdering kommer til at man ikke ønsker at det skal inntas i EØS-avtalen.

Det vises for øvrig til vår drøftelse av direktivets EØS-relevans mer generelt i utredningen, som gir argumenter både for og imot. Under argumentene som taler *for* å anse direktivet som EØS-relevant, er henvisningen til betydningen for det indre marked i direktivets fortale avsnitt 6, ønsket om ytterligere harmonisering av markedet for elektroniske kommunikasjonstjenester, og det forhold at man allerede har inntatt EU-direktiver om databeskyttelse i EØS-avtalen, og på den måten skapt en viss presedens for at dette feltet kan være relevant.

Det er likevel grunn til å påpeke at flere direktiver vedtatt med hjemmel i EF-traktaten artikkel 95 ikke er innlemmet i EØS-avtalen. Noe av dette skyldes

etterslep i EØS-komiteen, og noe at direktivene regulerer kompetansespørsmål som ikke har betydning for EØS-samarbeidet. Men noen direktiver er så vidt gamle at den mest nærliggende forklaringen på at de ikke er innlemmet i EØS-avtalen, og heller ikke finnes i EØS-notatdatabasen er at de etter en nærmere vurdering ikke er funnet EØS-relevante. Et godt eksempel er direktiv 2004/48/EF om håndhevelse av opphavsrettigheter, som man kan hevde ligger nær opp til de områder EØS-avtalen ellers regulerer, men som ikke synes å være ansett EØS-relevant og ikke er tatt inn.

#### **4. Andre sentrale sider ved saken**

Dersom EF-domstolen kommer til at direktivet er gyldig vedtatt etter art 95, og norske myndigheter på sin side kommer til at man ikke ønsker direktivet inntatt i EØS-avtalen, så er spørsmålet om EØS-rettslig relevans bare første steg. Dersom Norge i en slik situasjon ikke klarer å få EU (Kommisjonen) med på at direktivet faller utenfor EØS-avtalens virkeområde, så vil man være innenfor prosedyren i EØS art 102 (3) til (6), som gjerne omtales som spørsmålet om "vetoretten" eller "reservasjonsretten".

Dette er nærmere drøftet i vår utredning av 6. juni 2008. På s. 10-12 gjennomgår vi prosessen, og på s. 12-16 hva som kan tenkes anses som den "berørte del" av vedleggene til avtalen, som vil kunne bli suspendert. Som nærmere begrunnet i utredningen er det etter vår vurdering bare meget små (om noen) deler av den eksisterende EØS-avtalen som rettslig sett vil kunne hevdes å bli direkte "berørt" dersom Norge motsetter seg datalagringsdirektivet.

Dette er en drøftelse som i praksis vil kunne være minst like viktig for norske myndigheter som vurderingen av "relevans". For øvrig henger de to i noen grad sammen. Det forhold at den eksisterende EØS-retten etter vår vurdering bare vil bli minimalt berørt av et "veto" mot datalagringsdirektivet kan som vist også inngå i en argumentasjon for at det ikke er "EØS-relevant".

Ettersom vi ovenfor har redegjort for hvordan norske myndigheter etter vårt syn rettslig bør argumentere dersom man ønsker å "unngå" datalagringsdirektivet, bør det understrekes at vi med dette ikke har ment å gi uttrykk for noe syn på om dette er fornuftig eller ikke. Etter vårt syn er mye av den kritikk som har vært rettet mot datalagringsdirektivet i den offentlige debatt nokså misvisende. Direktivet gir et relativt vidt handlingsrom for nasjonale myndigheter, og gir dem frihet til blant annet å regulere hvem som skal ha tilgang til de lagrede dataene, i hvilke situasjoner tilgang skal gis, samt innføre andre rettssikkerhetsgarantier. Videre synes det klart at eksisterende norsk lovgivning på området er mangelfull, og uansett må revideres, enten i samsvar med direktivet eller på andre måter. Endelig kan påpekes at selv om EØS-avtalen ikke er ment å dekke EUs samarbeid om kriminalitetsbekjempelse innenfor "tredje søyle", så er dette et område som Norge ut fra nasjonale interesser ellers er opptatt av å knytte seg til, både gjennom Schengen-avtalen og en serie andre avtaler med EU i de senere år.

Etter vårt syn er det derfor langt fra opplagt at det vil være hensiktsmessig for Norge å si nei til datalagringsdirektivet, dersom EF-domstolen kommer til at det er gyldig vedtatt. Det kan argumenteres for at det etter sitt innhold faller utenfor EØS-rettens dekningsområde, og derfor ikke er ”relevant”. Men det kan også argumenteres for at dette vil være en naturlig utvidelse og videreføring av avtalen, i likhet med mange andre slike utvidelser gjennom de femten år den har fungert.

Uansett er dette til syvende og sist et politisk spørsmål. Og dersom det politiske flertall etter en konkret vurdering kommer til at man ikke ønsker dette direktivet, bør det etter vårt syn være blant de enkleste rettsaktene å reservere seg mot – enten argumentet er at det ikke er ”relevant” (prinsipalt) eller at det uansett ikke vil berøre eksisterende deler av avtalens vedlegg (subsidiært).

## **5. Sammenfatning**

Hovedpunktene i saken kan sammenfattes som følger:

- Norske myndigheter bør være forberedt på at EF-domstolen vil følge generaladvokatens forslag, og legge til grunn at datalagringsdirektivet er gyldig vedtatt etter EFT art 95.
- Dersom et EU-direktiv er vedtatt etter EFT art 95, vil det være en viss presumsjon for at det også er EØS-relevant. Dette er likevel ikke det samme vurderingstemaet – verken prinsipielt, prosessuelt eller materielt.
- Hvorvidt datalagringsdirektivet er ”akseptabelt” eller ikke er en politisk og faglig vurdering, ikke en EØS-rettslig. Her er det legitimt rom for ulike syn.
- Dersom regjeringen etter en materiell vurdering kommer til at man ikke ønsker datalagringsdirektivet inntatt i EØS-avtalen, så bør dette begrunnes med at det ikke er relevant, snarere enn at det ikke er ”akseptabelt”. Det kan legitimt anføres at avtalens dekningsområde ikke bør utvides på denne måten. Også det motsatte kan hevdes. Dette bør være et politisk valg.
- Dersom EU ikke er enig i at direktivet faller utenfor EØS-avtalens naturlige virkeområde vil dette kunne medføre suspensjonsvirkninger, men rettslig sett synes det bare å være svært beskjedne deler av EØS-avtalens vedlegg 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 i forholdet til EU.

- 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, 29. januar 2009

Finn Arnesen  
Professor dr juris

Fredrik Sejersted  
Professor dr juris