KLUGE *Advokatfirma DA*

Samferdselsdepartementet
Postboks 8010 Dep.
0030 OSLO
NORGE

Att: Christina Christensen

Vår ref.: 310210-005 \thna\698882v1
E-post: thomas.naalsund@kluge.no
Ansvarlig advokat: Thomas G. Naalsund

Oslo, 29. april 2010

OVERSIKT OVER MULIGE KONSEKVENSER AV NORSK RESERVASJON MOT EUS TREDJE POSTDIREKTIV

1. Innledning

Det vises til departementets brev av 5. mars 2010 med anmodning om å utrede mulige konsekvenser av at Norge reserverer seg mot å innlemme EUs tredje postdirektiv i EØS-avtalen, samt å vurdere mulige løsninger for å unnlate å gjennomføre direktivet uten å komme i konflikt med EØS-avtalen. De sentrale deler av mandatet lyder som følger:

> *Samferdselsdepartementet ønsker en utredning av mulige konsekvenser for EØS-avtalen dersom Norge reserverer seg mot innlemming av det tredje postdirektivet. Utredningen skal legge særlig vekt på hvilke sanksjoner fra EU en eventuell bruk av reservasjonsretten kan medføre. Det bes vurdert hvor stor del av avtalen som vil bli berørt av en eventuell reservasjon. Vil en reservasjon få følger for hele avtalen, hele vedlegg XI om telekommunikasjonstjenester eller bare deler av vedlegget? Og i så fall; hvilke deler av vedlegget? Hvilke konkrete virkninger vil en eventuell suspensjon kunne forventes å ha, og fra hvilket tidspunkt må det eventuelt påregnes at de berørte deler av EØS-avtalen settes ut av kraft. Det bes også om en vurdering av hvilke måter en reservasjon kan håndteres på for å unngå flest mulig negative virkninger for EØS-avtalen.*
>
> *Samferdselsdepartementet ønsker i tillegg å få belyst hvilke andre strategiske valg man står overfor knyttet til håndteringen av direktivet. Herunder bes utreder vurdere om det kan tenkes andre måter enn å nytte*

reservasjonsadgangen som kan føre til at direktivet ikke må implementeres i norsk rett. I tillegg bes det om en vurdering av hvor langt man kan påregne at eventuelle tilpasningstekster kan gå for å få et best mulig resultat for Norge.

I forbindelse med oppdraget har departementet oversendt en utredning av Arntzen de Besche Advokatfirma av 7. juli 2009, utarbeidet på oppdrag fra Norsk Post- og kommunikasjonsforbund, som tar for seg flere av problemstillingene som er nevnt i mandatet. Departementet har også oversendt to utredninger av professorene Finn Arnesen og Fredrik Sejersted om eventuell reservasjon mot datalagringsdirektivet. Disse er av henholdsvis 6. juni 2008 (heretter Arnesen/Sejersted I, avgitt på oppdrag fra IKT-Norge) og 29. januar 2009 (heretter Arnesen/Sejersted II, avgitt på oppdrag fra Samferdselsdepartmentet). Utredningene er kommentert underveis i den utstrekning jeg har funnet det hensiktsmessig.

Jeg har hatt tre korte møter med departementet; 25. mars, 9. april og 22. april.

Som det fremgår nedenfor har jeg søkt å fremstille det jeg mener er de korrekte rettslige implikasjonene av en eventuell reservasjon mot postdirektivet. Det er imidlertid på det rene at mandatet fra departementet reiser spørsmål som ikke er avklart i praksis, og hvor kildematerialet generelt er begrenset. Dette gjør at konklusjonene naturlig er beheftet med rettslig usikkerhet. Som fremhevet nedenfor har også flere av spørsmålene, selv om de etter sin art er rettslige, en åpenbar politisk dimensjon. Fraværet av avklarende praksis, kombinert med manglende adgang til effektiv domstolsprøving av flere av spørsmålene, øker muligheten for at andre vurderinger enn de rent rettslige kan spille inn på de forskjellige aktørenes opptreden. Dette bidrar ytterligere til å øke usikkerheten om omfanget av konsekvensene av en eventuell reservasjon fra Norges side.

2. Avgrensninger

I samsvar med retningslinjene i departementets oversendelsesbrev har jeg uprøvd lagt til grunn at det tredje postdirektivet er EØS-relevant. Jeg har også, som forutsatt i mandatet, avgrenset mot den politiske vurderingen av om direktivet er akseptabelt for Norge.

Når det gjelder hovedtemaet for utredningen, eventuelle konsekvenser av bruk av reservasjonsretten, har jeg lagt hovedvekten på de sannsynlige rettslige implikasjonene. En uttømmende oversikt over mulige politiske konsekvenser, som i seg selv er vanskelige å overskue, faller utenfor rammene for denne utredningen. For helhetens skyld, og fordi det etter min oppfatning er nærliggende at EU vil reagere på en norsk utøvelse av reservasjonsretten ut over de konsekvenser som kan leses direkte ut av EØS-avtalens bestemmelser, har jeg likevel knyttet noen kommentarer til muligheten for andre former for reaksjoner. Graden av sannsynlighet for at EU vil reagere, samt arten og omfanget av eventuelle reaksjoner, vil imidlertid avhenge av en rekke omstendigheter det p.t. er vanskelig å forutse, herunder Norges forhandlingsposisjon i Europa på det aktuelle tidspunktet.

3. Sammenfatning

Som det klare utgangspunkt vil det ikke rettslig sett være et brudd på EØS-avtalen å anvende reservasjonsretten. Tvert imot er denne retten forutsatt i EØS-avtalen art. 102, som også fastsetter de umiddelbare rettslige konsekvensene av at EFTA-siden reserverer seg mot en ny EU-rettsakt. På den annen side er det klart at EØS-avtalen i stor grad forutsetter ensartethet med EU-retten. Det vil i praksis gå en grense for hvor forskjellige EU vil tillate at de to regelsettene blir uten at det får følbare konsekvenser for holdningen til EØS-samarbeidet.

Den automatiske rettslige konsekvensen av en reservasjon mot det tredje postdirektivet vil, med mindre EØS-komitéen beslutter noe annet, være at den berørte del av det aktuelle vedlegget til EØS-avtalen blir suspendert inntil videre, jf. art. 102 nr. 5. Rettslig sett innebærer dette mest sannsynlig at de to postdirektivene som pr. i dag er del av vedlegg XI til EØS-avtalen settes ut av kraft. Dette vil ha virkning for samtlige EFTA-stater.[1] Bruk av reservasjonsretten vil neppe ha direkte rettslige konsekvenser på andre områder. Det fremstår ikke sannsynlig at EU eller andre vil gå til det skritt å si opp avtalen.

Hvorvidt EU utad vil gi uttrykk for en tilsvarende fortolkning som den jeg har lagt til grunn, er imidlertid ikke åpenbart. Her vil det være en risiko for at politiske hensyn kan influere på de rettslige standpunktene. Selv om en videre forståelse av art. 102 nr. 5, f.eks. slik at hele vedlegg XI om telekommunikasjonstjenester settes ut av kraft, etter mitt syn ikke vil være korrekt rettslig sett, er det et faktum at muligheten for rettslig prøving av EUs standpunkt er begrenset. I praksis vil det således være en ikke ubetydelig usikkerhet om den konkrete anvendelsen av art. 102 nr. 5.

Forutsatt at EU aksepterer at kun de to tidligere postdirektivene settes ut av kraft, vil den rettslige konsekvensen være at postsektoren igjen kun vil være regulert av bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel. Det er ikke uten videre lett å bedømme hvilke konkrete konsekvenser dette vil ha for Norges frihet til å regulere postsektoren med virkning for markedsaktører for EU-stater eller for EU-statenes adgang til å regulere med virkning for norske aktører. I prinsippet vil man være tilbake til rettstilstanden før det første postdirektivet fra 1997. Tatt i betraktning EØS-avtalens dynamiske preg og den utvikling som har vært de siste 15 årene, er det imidlertid ikke gitt at håndhevelsesorganene (ESA/EFTA-domstolen og Kommisjonen/EU-domstolen) vil komme til at det konkrete innholdet av avtalebestemmelsene er det samme som tidligere.

Hvorvidt en norsk reservasjon mot postdirektivet også vil ha andre konsekvenser for EØS-samarbeidet – særlig av politisk karakter – faller som nevnt i utgangspunktet på siden av mandatet. Etter mitt syn er det imidlertid klart at risikoen for reaksjoner ut over de rent rettslige er reell, og at en prosessrisikovurdering av en eventuell norsk reservasjon bør ta hensyn til denne dimensjonen.

---

[1] Med EFTA-stater menes i det følgende de EFTA-statene som deltar i EØS, det vil si Norge, Island og Lichtenstein.

4. Bakgrunn

Frem til 1998 var det ingen særskilt regulering av postsektoren på EU-nivå. Dette betyr ikke at sektoren som sådan var uregulert, men at den var underlagt de generelle bestemmelsene i EF-trakaten, herunder regelverket om de fire friheter og konkurransereglene.[2] I praksis synes imidlertid de generelle reglene å ha hatt begrenset nedslagskraft, og graden av liberalisering og karakteren av sektorreguleringen varierte i stor grad mellom medlemsstatene.

EUs regulering av postsektoren konkret har skjedd i tre trinn gjennom tre direktiver.[3]

Det første postdirektivet (97/67/EF) besto av to vesentlige elementer; en plikt til å sikre post-tjenester av tilfredsstillende kvalitet for brukerne (universell tjeneste) og liberalisering av markedet for innsamling, sortering, transport og utlevering av brevpostsendinger over 350 gram.

Det andre postdirektivet (2002/39/EF) fortsatte den gradvise liberalisering av markedet for posttjenester. Fra 1. januar 2003 ble markedet knyttet til postsendinger over 100 gram åpnet for konkurranse, og fra 1. januar 2006 ble vektgrensen redusert til 50 gram. I tillegg ble det gitt ytterligere bestemmelser om den universelle tjenesten.

Første og annet postdirektiv er innlemmet i vedlegg XI til EØS-avtalen (punkt 5d, som ble innført i og med det første postdirektivet). Norge har implementert begge direktivene gjennom nødvendige endringer i postloven med forskrifter.

Det tredje postdirektivet (2008/06/EF) ble vedtatt 20. februar 2008. Direktivet fullfører Kommisjonens arbeid med å åpne markedet for posttjenester for konkurranse. Grovt sagt innebærer direktivet, sammen med de to tidligere postdirektivene, full liberalisering av postmarkedet med fri konkurranse mellom private og offentlige aktører uavhengig av for-sendelsens vekt. I tillegg gis det ytterligere bestemmelser om statenes forpliktelser når det gjelder den universelle tjenesten. Liberaliseringen skal i utgangspunktet gjennomføres innen utgangen av 2010, dog med en mulighet for to års utsettelse for nærmere angitte medlemsland.

5. Oversikt over prosessen ved utøvelse av reservasjonsretten

I motsetning til EU danner ikke EØS-avtalen grunnlag for et overnasjonalt fellesskap med lovgivningsmyndighet. EU kan ikke selv gi bindende regler for EFTA-landene. Nye rettsakter (forordninger, direktiver og beslutninger) som blir vedtatt i EU blir således ikke automatisk også del av EØS-avtalen, men må gjennom den fremgangsmåte EØS-avtalen

---

[2] Rettstilstanden før det første postdirektivet er blant annet redegjort for i Kommisjonens "Green Paper on the Development of the Single Market for Postal Services", COM (91) 476 final, 11 June 1991.
[3] Formelt er det tale om ett direktiv som senere har blitt endret to ganger.

foreskriver for å gjøre nye rettsakter til del av avtalen. Formelt skjer slik endring ved at EØS-komiteen fatter vedtak om å sette inn en henvisning til den aktuelle rettsakten i det relevante vedlegg til EØS-avtalen, jf. avtalens art. 98. Denne beslutningen må treffes ved enstemmighet, jf. art. 93 nr. 2. Det må således være enighet mellom EU på den ene siden og samtlige EFTA-stater på den andre siden om å gjøre en ny EU-rettsakt til en del av EØS-avtalen. Det er dette enstemmighetskravet som gjør at hver av EFTA-statene har en "vetorett" eller "reservasjonsrett"; dersom en av EFTA-statene ikke ønsker å gjøre den aktuelle rettsakten til en del av EØS-avtalen, vil den kunne oppnå dette ved ikke å stemme for endringen.[4]

Formelt er det således, slik også de tidligere utredninger har understreket, klart at det rettslig sett ikke er et brudd på EØS-avtalen å reservere seg mot nye EU-regler. Reservasjonsretten som sådan er forutsatt i EØS-avtalen. Samtidig er det på det rene at slik opptreden innebærer et avvik fra en av hovedmålsettingene for EØS-avtalen, nemlig dynamikk og homogenitet mellom reglene i EU og EØS. Både praktisk og prinsipielt vil det også kunne være problematisk at lovgivningen i EU og EØS er forskjellig.[5]

Selv om det ikke er et brudd på EØS-avtalen å reservere seg mot nye rettsakter, har det derfor konsekvenser at EFTA-siden sier nei til å utvide/endre EØS-avtalen som følge av nye EU-regler.[6] Det følger av art. 102 nr. 5 at utøvelse av reservasjonsretten fører til at *"den berørte del av vedlegget (...) betraktes som midlertidig satt ut av kraft"*, med mindre EØS-komitéen (også her enstemmig) bestemmer det motsatte.[7] I fravær av slikt vedtak inntrer suspensjonen av den berørte del av vedlegget automatisk, det vil si uten at det treffes ytterligere beslutninger i den forbindelse. I praksis er det, av forutberegnelighetshensyn, en klar fordel om det blir formulert hva de respektive partene mener er de konkrete rettslige konsekvensene, jf. også art. 102 nr. 6 som fastsetter at de praktiske følger av opphøret etter nr. 5 skal drøftes i EØS-komitéen. Rettslig sett er det imidlertid ikke nødvendig med slik forhåndsavklaring for at suspensjonen etter nr. 5 skal tre i kraft.

Suspensjonen gjelder helt til spørsmålet mister sin aktualitet (f.eks. fordi EFTA-siden aksepterer rettsakten eller EU-siden aksepterer nødvendige endringer) eller partene blir enige om å bringe den til opphør.

---

[4] Rettsakten vil imidlertid fortsatt være like gyldig og gjeldende i EU.

[5] Særlig gjelder dette for EU-statene, som vil være forpliktet etter begge regelsettene, jf. at EØS-avtalen har direkte virkning i EU. I prinsippet risikerer man i EU å få et dobbelt sett med, dels avvikende, bestemmelser som regulerer samme forhold.

[6] Etter mitt syn er det mer presist å tale om "konsekvenser" heller enn "sanksjoner" når man omtaler de rettsvirkninger art. 102 nr. 5 gir anvisning på ved utøvelse av reservasjonsretten. Rettslig sett forutsetter sanksjonsbegrepet i alminnelighet et forutgående rettsbrudd, noe utøvelse av reservasjonsretten altså ikke er. Valget av terminologi er imidlertid av mindre betydning i praksis; det avgjørende er hvilke konkrete rettsvirkninger bestemmelsen gir anvisning på.

[7] Det er således på det rene at EØS-komitéen kan beslutte at utøvelse av reservasjonsretten ikke skal ha konsekvenser. Et slikt vedtak reiser få rettslige problemstillinger, og jeg ser i det følgende bort fra denne muligheten.

Det er verdt å understreke at reservasjonsretten formelt ikke utøves i i EØS-komitéen, men i EFTA, slik at det er formelt er EFTA-siden som sådan som reserverer seg i EØS-komitéen. En eventuell norsk beslutning om å bruke reservasjonsretten får således ikke bare konsekvenser for Norge, men også de øvrige EFTA-statene. De virkninger som er skissert nedenfor, vil således gjelde tilsvarende for Liechtenstein og Island.[8]

6. Nærmere om de konkrete konsekvenser av eventuell utøvelse av reservasjonsretten

6.1 Suspensjon etter EØS-avtalen art. 102 nr. 5

6.1.1 Omfang

Som nevnt ovenfor følger det av art. 102 nr. 5 at utøvelse av reservasjonsretten fører til at *"den berørte del av vedlegget (...) betraktes som midlertidig satt ut av kraft"*. Spørsmålet er hvordan man fastsetter hva som rettslig sett er den berørte del av vedlegget, altså omfanget av en eventuell suspensjon. Dette spørsmålet vil man i prinsippet kunne enes om i EØS-komitéen. [9] Dersom komitéen ikke kommer til enighet, vil imidlertid omfanget av suspensjonen måtte fastlegges på grunnlag av alminnelige EØS-rettslige tolkingsprinsipper. Som kjent har man ingen praksis som belyser anvendelsen av bestemmelsen. De sentrale tolkingsfaktorene blir ordlyden og formålsbetraktninger, samt juridisk teori.

Som påpekt i Arnesen/Sejersted I på s. 13 er spørsmålet om omfanget av en eventuell suspensjon etter art. 102 nr. 5 formelt et rettsspørsmål. I praksis ligger det imidlertid en utfordring i at mulighetene for rettslig overprøving av EUs vurdering av hvilke deler som er berørt, er begrenset. Som påpekt i note 7 i Arnesen/Sejersted I vil ikke eventuelle beslutninger av EØS-komitéen eller partene om å suspendere konkrete deler av et vedlegg kunne bringes inn for EU- eller EFTA-domstolen til rettslig prøving.[10] Dette gjør at det i praksis vil være vanskelig å få en domsavgjørelse som konstaterer at en part eventuelt går for langt, typisk ved å fastsette mer omfattende konsekvenser enn det rettslig sett er grunnlag

---

[8] Dette er klart når det gjelder de rettsvirkningene som følger av EØS-avtalen art. 102. For så vidt gjelder politiske konsekvenser vil det ikke nødvendigvis EUs reaksjonsmønster være sammenfallende overfor de tre EFTA-statene.

[9] Jf. både adgangen komitéen har etter nr. 5 til å beslutte at suspensjon ikke skal skje og nr. 6 som fastslår at de praktiske følger av et eventuelt opphør etter nr. 5 skal drøftes i EØS-komitéen.

[10] Tilsvarende er lagt til grunn av Henrik Bull; Saksgangen ved vedtakelse av nytt EØS-regelverk (Lovdata 2005) s. 8 og av Arnesen, Graver og Sverdrup, Vetoretten i EØS, JV 2001 s. 115 på s. 131. Som beskrevet i sistnevnte på s. 133 vil den eneste praktiske mulighet for en rettslig prøving av anvendelsen av art. 102 være en rettssak anlagt av private med påstand om at myndighetene i en EU-stat ikke respekterer deres rettigheter etter EØS-avtalen, herunder at den aktuelle staten har suspendert for stor del av avtalen etter art. 102 nr. 5. En slik sak må anlegges i den aktuelle EU-stat. Spørsmålet om det korrekte omfanget av EØS-avtalen art. 102 nr. 5 vil kunne forelegges for EU-domstolen etter TFEU art. 267 (tidl. art. 234 i EF-traktaten). Det er imidlertid på det rene at dette er en ressurskrevende og tungvint måte å få avgjort tolkingsspørsmålet. Det vil formentlig også være en del spørsmål som ikke kan bringes inn for domstolene på denne måten, herunder eventuell motvillighet hos EU mot å inkludere Norge i relevante samarbeids- eller beslutningsfora.

for.[11] Dette åpner i sin tur for at en parts rettslige standpunkter kan bli influert av vedkommendes politiske interesser.

I den forbindelse er det også naturlig å nevne den praktiske utfordring som ligger i at EU ikke nødvendigvis vil gjøre det klart hvilket tolkingsalternativ man mener er korrekt. Som nevnt ovenfor har partene neppe noen formell plikt til dette etter art. 102, og det kan tenkes at EU (Kommisjonen) vil velge ikke å gå ut med en bestemt oppfatning med en gang. I praksis vil dette kunne være egnet til å skape usikkerhet blant norske myndigheter og norske markedsaktører om hvilke bestemmelser som fortsatt er i kraft, særlig i det aktuelle vedlegget til EØS-avtalen. Usikkerheten vil gjelde både norske foretaks rettigheter og plikter og norske myndigheters adgang til å delta i relevante fora, på områder som det er uklart om EU mener er satt ut av kraft eller ikke. Det kan også tenkes at representanter for EU, i visse sammenhenger vil opptre som om en større del av vedlegget er satt ut av kraft enn det rettslig sett er grunnlag for. Man vil imidlertid ha få muligheter til å få en praktisk avklaring med mindre EU aktivt ønsker å bidra til dette.

Det nedenstående må således leses med det forbeholdet at det kan by på betydelige praktiske problemer å få fastslått, og håndhevet, at det syn man forfekter er det korrekt. I det følgende redegjør jeg likevel for den forståelse jeg mener er den rettslig sett mest korrekte, og tar således ikke høyde for denne politiske dimensjonen. Det er imidlertid viktig å være klar over regelverkets rettslige begrensning på dette punktet og det politiske spillerommet det åpner for.

På grunnlag av ordlyden i art. 102 nr. 2, hvor det heter at det *"skal vurderes i EØS-komitéen hvilken del av et vedlegg til denne avtale som ville bli direkte berørt av det nye regelverk"*, kan man få inntrykk av at det alltid vurderes på forhånd hvilken del av et vedlegg som vil bli berørt av det nye regelverket. Selv om dette kan ha vært tanken da avtalen ble utformet, er det på det rene at EØS-komitéen i praksis aldri gjør noen slik forhåndsvurdering av nye EU-rettsakter.[12] I prinsippet kunne man tenke seg at dette medførte at det ikke skjedde noen suspensjon etter art. 102 nr. 5, jf. formuleringen i nr. 5 om at det er den berørte del av vedlegget, *"slik det er fastslått i samsvar med nr. 2"*, som skal anses som midlertidig satt ut av kraft. Slik er bestemmelsen imidlertid neppe å forstå, jf. at situasjonen i så fall ville være at den ene parten kunne forhindre suspensjon ved å unnlate å bidra til forhåndsavklaring i EØS-komitéen. Det fremstår heller ikke sannsynlig at EU i praksis vil legge til grunn at det er et vilkår for suspensjon etter nr. 5 at EØS-komitéen har angitt den berørte del av vedlegget på forhånd.[13]

---

[11] Formelt har man også muligheten for å forelegge eventuelle tvister for EØS-komitéen etter art. 111. Dette vil imidlertid i praksis neppe lede til en avklaring, ettersom selve den problemstilling som drøftes forutsetter at det er uenighet i EØS-komitéen. Som nevnt følger det av art. 93 at EØS-komitéens beslutninger skal treffes ved enstemmighet. Muligheten for å sende spørsmålet til EU-domstolen, jf. art. 111 nr. 3, har komitéen kun når saken gjelder bestemmelser som i sitt innhold svarer til EU-bestemmelser. Det er ikke tilfellet her.

[12] Bull s. 7

[13] Jeg er således enig med Sejersted/Arnesen I på dette punktet. Se også Arnesen, Graver og Sverdrup på s. 127.

Imidlertid er henvisningen fra nr. 5 til nr. 2 interessant av en annen grunn. I motsetning til nr. 5 heter det i nr. 2 at det er de deler av et vedlegg som blir *"direkte berørt"* som skal vurderes. Når det i nr. 5 heter at vurderingen skal skje *"i samsvar med nr. 2"*, er det etter mitt syn forsvarlig å legge til grunn at det kun er de deler av et vedlegg som er direkte berørt som eventuelt suspenderes. Dette er et sterkt argument mot en utvidende fortolkning av bestemmelsen. Det vil ikke være tilstrekkelig at en del av vedlegget er "indirekte berørt".

Departementet har i mandatet spurt om en reservasjon vil få følger for hele avtalen, hele vedlegg XI om telekommunikasjonstjenester eller bare deler av vedlegget. På grunnlag av art. 102 er det etter mitt syn klart at det siste alternativet må legges til grunn. Det følger motsetningsvis av ordlyden i nr. 5 at bruk av reservasjonsrett ikke får rettslige konsekvenser for avtalens hoveddel eller protokoller, kun potensielt for de rettsakter som er tatt inn i vedleggene til avtalen. Videre følger det forutsetningsvis av formuleringen *"den berørte del av"* at ikke hele vedlegget automatisk suspenderes. Arnesen, Graver og Sverdrup s. 126 legger også dette til grunn. Dette harmonerer også best med de praktiske hensyn som formentlig ligger til grunn for bestemmelsen; å unngå forskjellige harmoniserte regler i EU og EØS.

Det kan stilles spørsmål ved om "del av" et vedlegg sikter til de enkelte rettsakter eller til den inndeling i avsnitt som er i vedleggene, f.eks. "Telecommunication services", "Postal services" etc. Arntzen de Besche mener i avsnitt 11 at det med styrke kan hevdes at en suspensjon ikke uten særskilte holdepunkter kan omfatte mer enn det avsnitt den aktuelle rettsakten hører hjemme i. Arnesen, Graver og Sverdrup s. 127 ser ut til å dele denne oppfatningen. Etter mitt syn er det vel så nærliggende at formuleringen peker på konkrete rettsakter, og at omfanget av suspensjon etter art. 102 nr. 5 ikke avhenger av hvilke(t) avsnitt EØS-komitéen har valgt å plassere de aktuelle rettsakter. På den ene siden betyr dette at ikke alle rettsakter i et avsnitt automatisk suspenderes – det må foretas en konkret vurdering av hvilke som er direkte berørt. På den andre side er det i prinsippet ikke utelukket at rettsakter i forskjellige kapitler suspenderes dersom disse rettsaktene kan anses "berørt" av den rettsakt det er tale om å reservere seg mot. For denne utredningens formål er det imidlertid ikke nødvendig å konkludere på dette punktet. De eneste rettsaktene i kap. 5d "Postal services" er de to tidligere postdirektivene.

Et naturlig utgangspunkt for den nærmere vurderingen av hva som ligger i (direkte) berørt er St.prp. nr. 100 (1991-92).[14] På side 98 heter det at det normalt vil være slik at i det minste de deler av et vedlegg som i EU er erstattet av nye regler opphører å gjelde mellom avtalepartene. At de deler av et vedlegg til EØS-avtalen som eventuelt blir endret eller erstattet av en rettsakt må anses direkte berørt av denne rettsakten, fremstår som et fornuftig utgangspunkt, som også støttes av Arnesen, Graver og Sverdrup på s. 127. De sistnevnte åpner for at man i unntakstilfeller også kan tenke seg så nær sammenheng mellom reglene på et område at også andre deler av et vedlegg må anses (direkte) berørt, selv om den rettsakt det er tale om å reservere seg mot ikke har direkte rettsvirkninger for disse delene. De gir

[14] St.prp. nr. 100 (1991-92), Om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde.

imidlertid ingen eksempler som belyser denne doktrinen nærmere, men angir at det *"avgjørende for vurderingen er at EU ikke skal bli tvunget til å akseptere produkter eller tjenester med avvikende egenskaper fra det som følger av harmoniserte krav* [til] *det indre marked"*.

Det ovenstående, kombinert med at direktiv 2008/6/EF på flere punkter endrer direktiv 97/67/EF og 2002/39/EF, tilsier at man med relativt stor grad av sikkerhet kan slå fast at begge de to tidligere postdirektivene må anses å være direkte berørt av det tredje postdirektivet. Jeg er således enig med Arntzen de Besche på dette punktet.

Selv om man legger til grunn den mulighet for utvidet anvendelse som nevnes av Arnesen, Graver og Sverdrup, har jeg ikke funnet grunnlag for at andre deler av vedlegg XI (eller andre vedlegg) kan anses berørt av det tredje postdirektivet i en slik utstrekning at det er grunnlag for å utvide omfanget av en eventuell suspensjon.

Man kan i prinsippet tenke seg at det er deler av de to første direktivene som ikke er berørt av det tredje postdirektivet, og som kan stå på egne ben uavhengig av om andre deler endres/forsvinner. Etter mitt syn er det likevel mest sannsynlig, og best i samsvar med ordlyden i nr. 5, at direktivene vil bli satt ut av kraft i sin helhet.

Etter min vurdering vil således en eventuell reservasjon mot EUs tredje postdirektiv ha som sannsynlig rettslig konsekvens at direktivene 97/67/EF og 2002/39/EF, jf. vedlegg XI til EØS-avtalen, kap. 5d, vil bli satt midlertidig ut av kraft.

6.1.2 Betydning

Spørsmålet er hvilken praktisk betydning en suspensjon i henhold til nr. 5 vil få – hvilke materielle regler vil i så fall gjelde for postsektoren i EFTA-statene? Dette vil både være et spørsmål innad, f.eks. i hvilken ustrekning et nei til postdirektivet påvirker Norges adgang til å reservere deler av posttjenestene for én tjenesteyter, og utad, f.eks. i hvilken utstrekning EU-landene kan nekte Posten med datterselskaper adgang til sine markeder.

EØS-rettslig vil situasjonen formelt være at det igjen vil være reglene i EØS-avtalens hoveddel som eventuelt legger begrensninger på partenes adgang til å regulere postsektoren, herunder å reservere deler av sektoren for bestemte, nasjonale virksomheter.[15] Anvendelsen av disse bestemmelsene vil i prinsippet være underlagt domstolskontroll.

Som nevnt innledningsvis ble medlemsstatene i EU/EØS, før det første postdirektivet innledet harmoniseringen av postsektoren, i praksis innrømmet relativt vide rammer for den nasjonale reguleringen av sektoren. Formidling av post har tradisjonelt blitt anerkjent som en

[15] Det kunne reises spørsmål ved om en suspensjon av postdirektivene kunne lede til at tjenestedirektivet (direktiv 2006/123/EF) kom til anvendelse på postsektoren. Det følger imidlertid av art. 17 1 a) i tjenestedirektivet at tjenesteytelser i postsektoren er unntatt fra direktivets bestemmelser om fri bevegelighet av tjenester. Det ville etter mitt syn også være unaturlig at tjenestedirektivet skulle få en utvidet anvendelse kun for EFTA-statene i en eventuell suspensjonsperiode.

viktig tjeneste av almen økonomisk betydning, jf. EØS-avtalen art. 59(2) som i en viss utstrekning unntar foretak med ansvar for slike tjenester fra bestemmelsene i avtalens hoveddel:

> *Foretak som er blitt tillagt oppgaven å utføre tjenester av almen økonomisk betydning, eller som har karakter av et fiskalt monopol, skal være undergitt reglene i denne avtale, fremfor alt konkurransereglene, i den utstrekning anvendelsen av disse regler ikke rettslig eller faktisk hindrer dem i å utføre de særlige oppgaver som er tillagt dem. Utviklingen av samhandelen må ikke påvirkes i et omfang som strider mot avtalepartenes interesser.*

I samsvar med denne bestemmelsen hadde medlemsstatene i stor utstrekning frihet til å forbeholde utførelsen av posttjenester til en nasjonal (offentlig) postoperatør. Det ble, i hvert fall i praksis, akseptert å nekte andre aktører å etablere seg i konkurranse med den nasjonale monopolisten, fordi dette ville kunne påvirke mulighetene til å finansiere de leveringspliktige posttjenestene.[16]

Det er imidlertid et faktum at EØS-avtalen har et dynamisk preg, og at forståelsen av konkrete bestemmelser vil kunne endres i lys av den faktiske og rettslige utviklingen. Hvorvidt det konkrete innholdet av bestemmelsene i avtalens hoveddel er de samme som før 1998, eller om innholdet av dem i praksis er påvirket av tiden som har gått og utviklingen som har vært, er svært vanskelig å forutsi.

I den ene enden av skalaen kan det tenkes at Norges adgang til å reservere postsektoren for Posten Norge er som før. Samtidig vil EU-statenes muligheter til å nekte norske aktører å etablere seg i praksis vil være avskåret, jf. at det vanskelig kan anses legitimt og nødvendig å nekte norske aktører adgang til et marked hvor aktører fra 26 EU-stater har fri etableringsrett. I praksis har jeg imidlertid vanskelig for å se at EU vil akseptere et slikt syn.[17]

I den andre enden av skalaen kan det tenkes at utenlandske aktører (eller ESA) vil hevde at Norge ikke kan forbeholde postsektoren for én nasjonal aktør, og at EØS-avtalens hoveddel må forstås slik at det ikke lenger er tilstrekkelig rettslige og faktiske behov for å opprettholde det tidligere monopolet, herunder f.eks. at samhandelen påvirkes i et uforholdsmessig omfang. I den forbindelse kan totalliberaliseringen på EU-nivå bli fremhevet som et argument. Motargumentet mot en slik tilnærming vil være at det vil frata reservasjonsretten den rettslige betydning den er ment å ha. Mot dette igjen kan det imidlertid anføres at reservasjonsretten ikke kan brukes av Norge til å unnlate å respektere bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel, herunder det innhold disse må gis som følge av samfunnsutviklingen.

---

[16] I relasjon til reglene om fri etableringsrett og fri flyt av tjenester ble det ansett legitimt, egnet og nødvendig å forbeholde postsektoren for én nasjonal aktør.

[17] En mulighet er at den aktuelle EU-stat vil anføre at det er et legitimt hensyn at Norge har reservert seg og at det å nekte norske aktører å etablere seg er egnet og nødvendig for å sikre effektiviteten til art. 102 nr. 5 (eventuelt kombinert med preventive betraktninger).

Sammenfatningsvis er det svært vanskelig å forutsi det konkrete innholdet av de materielle regler som vil gjelde dersom Norge reserverer seg mot det tredje postdirektivet. Mest sannsynlig vil løsningen ligge et sted mellom de to ytterpunktene jeg har skissert. Ved vurderingen må man etter mitt syn legge inn en forutsetning om at EU vanskelig kan tenkes å akseptere at Norge eller norske foretak høster konkrete fordeler som følge av reservasjonen. Det kan ikke utelukkes at EU-/EFTA-domstolen vil legge til grunn en dynamisk forståelse av EØS-avtalens bestemmelser, men i fravær av konkrete holdepunkter er det vanskelig å se nøyaktig hvilke konsekvenser dette vil få.

Rettsvirkningene vil i praksis også avhenge av hva de enkelte EU- og EFTA-stater beslutter i sin interne lovgivning. Som et utgangspunkt vil gjeldende lovgivning ikke oppheves ved at direktivene suspenderes. Suspensjonen innebærer riktignok at statene ikke lenger vil ha en EØS-rettslig plikt til å opprettholde konkrete bestemmelser, men rettslig sett må vedtatte bestemmelser, om det er ønskelig, oppheves særskilt for at de ikke lenger skal gjelde.[18]

6.1.3 Tidspunkt

Departementet har spurt fra hvilket tidspunkt det må påregnes at de berørte deler av EØS-avtalen settes ut av kraft. Dette er uttrykkelig regulert i art. 102 nr. 5 jf. nr. 4.

Jeg nevner først at art. 102 nr. 1 fastslår at beslutninger om endringer i vedlegg til EØS-avtalen (som i praksis betyr innlemming, endring eller opphevelse av rettsakt), for å sikre rettssikkerhet og ensartethet innen EØS, skal skje *"så nær som mulig i tid etter at Fellesskapet har vedtatt tilsvarende nytt regelverk"*. Videre følger det av nr. 3 at avtalepartene i første rekke skal bestrebe seg på å komme til enighet om denne type spørsmål.

Nr. 4 angir fristen for at EØS-komiteen skal treffe en beslutning i tilfeller hvor den ikke kommer til enighet om endring i et vedlegg. Det følger av nr. 4 siste punktum at *"beslutningen skal tas senest seks måneder etter at saken er forelagt EØS-komitéen"*, eller den dag det tilsvarende fellesskapsregelverk trer i kraft dersom denne dag er senere.[19] Etter det jeg kjenner til har det bare skjedd én gang at EU (Kommisjonen) har forelagt en sak for EØS-komitéen i bestemmelsens forstand, altså slik at fristen begynte å løpe. I det aktuelle tilfellet (som gjaldt Liechtenstein) ble imidlertid direktivet akseptert av EFTA-statene innen fristen. I nærværende sak har departementet opplyst at Utenriksdepartementet, på forespørsel, har bekreftet at det ikke har skjedd noen slik foreleggelse for så vidt gjelder postdirektivet. Det kan således legges til grunn at seksmånedersfristen etter nr. 4 ennå ikke har begynt å løpe.

---

[18] Strategisk kan det være en fordel å understreke overfor EU, samtidig som man eventuelt reserverer seg, at Norge kommer til å opprettholde den nasjonale lovgivningen som bygger på de to foregående postdirektivene. Dette kan være egnet til å redusere risikoen for politiske reaksjoner fra EUs side.

[19] Det følger av art. 4 til direktiv 2008/6/EF at det trer i kraft den dagen det publiseres i EF-Tidende. Publisering skjedde 27. februar 2008.

Virkningstidspunktet for selve suspensjonen er angitt i art. 102 nr. 5: "*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*". Sammenholdt med nr. 4 vil således de aktuelle deler av vedlegget bli satt ut av kraft 12 måneder etter at saken er forelagt EØS-komitéen. Dette vil være det tidligste tidspunkt rettsvirkningene etter art. 102 nr. 5 formelt vil tre i kraft.

Virkningstidspunktet kan imidlertid bli enda senere, jf. at suspensjonen ikke får virkning før den dag det aktuelle regelverket er gjennomført i EU. Dette åpner for en diskusjon om når direktivet i så fall er "gjennomført" i bestemmelsens forstand.

Arnesen/Sejersted I mener på s. 17 at det er den faktiske gjennomføringen i EU som er avgjørende, ikke den frist for gjennomføring som følger av den aktuelle rettsakten. Arnesen, Graver og Sverdrup støtter et slikt syn, altså at rettsakten først kan anses gjennomført når siste EU-land har implementert rettsakten, slik at det *"er dermed "den tregeste gutten i EU-klassen" som bestemmer når et midlertidig opphør begynner å løpe"*.[20]

Det er mulig EU vil akseptere å legge dette til grunn. Denne tolkningen harmonerer også best med uttrykket "gjennomført". Etter mitt syn taler formålet med bestemmelsen likevel for at gjennomføringsfristen er det avgjørende. Problemet med forskjellige materielle regler i EU og EØS oppstår så snart den første staten har gjennomført det nye EU-direktivet. Det er også på det rene at et direktiv kan inneholde en rekke punkter som skal implementeres, og det vil kunne skape praktiske utfordringer om suspensjon etter art. 102 nr. 5 forutsetter at absolutt alle EU-landene skal ha gjennomført absolutt alle bestemmelsene i et direktiv.[21] I praksis er det således etter mitt syn vel så nærliggende at EU vil legge til grunn gjennomføringsfristen i det aktuelle direktivet.

En potensiell forsvarslinje fra Norges side ville kunne være å hevde at den utsettelse visse stater har fått mht full liberalisering, jf. direktivets art. 3, innebærer at de aktuelle statene ikke har gjennomført direktivet. Dette vil man etter mitt syn neppe kunne nå frem med. Den utsettelse som følger av art. 3 betyr ikke at direktivet som sådan ikke er gjennomført, men at innholdet av direktivet (og dermed omfanget av gjennomføringsplikten) er forskjellig for forskjellige stater i en overgangsperiode. Dette er i sin tur hensyntatt i resiprositetsbestemmelsen i art. 3 nr. 3.

Omvendt kunne det tenkes at EU vil påberope den nevnte resiprositetsbestemmelsen overfor EFTA-statene allerede med virkning fra 1. januar 2011, som er det tidspunktet som er angitt i art. 3 nr. 3. Dette vil det etter mitt syn, så lenge EFTA-landene har reservert seg mot direktivet som sådan, ikke være rettslig grunnlag for. Reservasjon mot direktivet innebærer at man ikke blir bundet av direktivet, herunder art. 3 nr. 3. Tidspunktet for eventuelle rettsvirkninger av reservasjonen er etter mitt syn uttømmende regulert i art. 102.

---

[20] Side 121.

[21] Læren om direktivers direkte virkning kan også gjøre at det er utfordrende å vurdere om et direktiv rent faktisk er gjennomført eller ikke.

Rettslig sett må det således kunne legges til grunn at de berørte deler av vedlegget rettslig sett vil bli satt ut av kraft tidligst 12 måneder fra saken blir forelagt EØS-komitéen. Dette har ennå ikke skjedd. Igjen må det imidlertid tas et forbehold for at EU ikke nødvendigvis vil dele den oppfatning av tidspunktene for ikrafttredelse av suspensjonen som jeg har gjort rede for ovenfor.

6.2 Andre potensielle konsekvenser

Jeg har ovenfor redegjort for de sannsynlige rettsvirkninger jeg mener vil inntre gjennom en norsk bruk av reservasjonsretten mot EUs tredje postdirektiv. Det er imidlertid på det rene at en norsk reservasjon også kan ha andre konsekvenser, både av rettslig og politisk karakter. Dette henger sammen med at EU med stor grad av sikkerhet vil mene at utøvelse av reservasjonsrett mot postdirektivet, selv om det ikke er et brudd på EØS-avtalen rettslig sett, strider mot avtalens målsetting om et dynamisk og ensartet samarbeidsområde.[22]

Som skissert ovenfor vil en mulig reaksjon fra EUs side kunne være å hevde at (eller å opptre som om) hele vedlegg XI om telekommunikasjonstjenester blir satt ut av kraft.[23] Selv om dette etter mitt syn vil være en reaksjon det ikke er rettslig grunnlag for, vil det i praksis være svært vanskelig for EFTA-siden å få fastslått, og ikke minst håndhevet, dette, jf. de begrensninger i mulighetene for effektiv domstolsprøving jeg har gjort rede for under 6.1.1 ovenfor.

I ytterste konsekvens kan EU beslutte å si opp EØS-avtalen. Det følger av art. 127 at avtalen kan sies opp med tolv måneders skriftlig varsel. Avtalen stiller ikke noen krav til begrunnelse, saklighet eller rimelighet for en slik oppsigelse. Terskelen til å gå til dette skrittet er nok likevel i praksis meget høy, og forutsetter at EU ikke lenger ser seg tjent med EØS-samarbeidet i den nåværende form.

Jeg forstår departementets mandat slik at det i første rekke er rettslige konsekvenser man har bedt om en utredning av. En prosessrisikovurdering knyttet til utøvelse av reservasjonsretten blir imidlertid ufullstendig om den ikke også tar i betraktning de potensielle politiske implikasjonene av et nei til postdirektivet. Jeg nevner i den forbindelse at en generell analyse av EUs forventede reaksjonsmønster ved norsk anvendelse av reservasjonsretten er gitt i Arnesen, Graver og Sverdrup, Vetoretten i EØS, JV 2001 s. 115 punkt 6.[24] Analysen oppsummeres på følgende måte (s. 147):

---

[22] Jf. Arnesen, Graver og Sverdrup på s. 118. Det kan også tenkes reaksjoner fra våre EFTA-partnere Island og Liechtenstein, jf. at suspensjonen etter art. 102 nr. 5 vil gjelde tilsvarende for disse landene.

[23] I tillegg til den rettslige usikkerheten, vil dette kunne skape praktiske utfordringer når det gjelder EUs vilje til å følge opp samarbeidet med EFTA innenfor andre deler av vedlegget.

[24] Også Bull s. 7 tar opp muligheten for politiske reaksjoner: *"Dessuten kan det ha politiske følger dersom EFTA-landene skulle si nei. Man kan for eksempel tenke seg at EU begynner å forhale beslutningsprosessen i EØS, eller viser seg mindre samarbeidsvillig på områder utenfor EØS-avtalen. Hittil har det derfor aldri skjedd at EFTA-landene har sagt nei til å gjøre en ny rettsakt til del av EØS-avtalen".*

Når det gjelder muligheter for reaksjoner utover det som er regulert i avtalens art. 102, kan det tenkes forskjellige reaksjoner i mulighetene for å utvikle avtalen videre og for samarbeidet mellom EU og Norge på andre områder. Sannsynligheten for slike reaksjoner vil være avhengig av om et nei fra Norge oppfattes som en handling som fortjener en reaksjon og av i hvilken grad politiske spørsmål og prioriteringer i EU og medlemslandene tilsier at norske problemer i forhold til EØS kan utnyttes i interne forhandlinger i EU eller i EUs forhandlinger med Norge.

Det forhold at Norge har andre viktige saker i forholdet til EU utover EØS-avtalen, øker sannsynligheten for at det vil bli foretatt koblinger mellom en konflikt om et EØS-direktiv og nye spørsmål. Hvilken betydning dette kan få for norske interesser vil avhenge av hvor sterkt behov Norge har for å få løsning av de enkelte spørsmål. Det man kan oppleve er at Norge blir satt under press til likevel å godta de aktuelle direktivene, eventuelt også andre regler, for å oppnå hensiktsmessige løsninger på andre områder eller at løsning på andre områder blir utsatt med den begrunnelse at man har en uløst konflikt i forhold til EØS-avtalen. Man kan også tenke seg at Norge vil kunne oppnå et varig unntak mot å betale en konkret pris på et annet område. At Norge oppnår en normalisering med et varig unntak uten at det har sin pris, er neppe særlig sannsynlig.

7. Alternative fremgangsmåter

Departementet ønsker vurdert om det kan tenkes andre måter enn å nytte reservasjonsadgangen som kan føre til at direktivet ikke må implementeres i norsk rett. I samsvar med mandatet ser jeg bort fra muligheten for å anføre at direktivet ikke er EØS-relevant.

I teorien kan Norge bidra til å innlemme det tredje postdirektivet i EØS-avtalen, for deretter å unnlate å implementere det i norsk rett. I så fall vil det ikke ha rettsvirkninger i Norge, ettersom direktiver, i motsetning til i EU, ikke har direkte virkning etter EØS-avtalen.[25] Norge vil åpenbart raskt bli dømt i EFTA-domstolen for brudd på implementeringsplikten, men dette har få, om noen, konkrete rettsvirkninger. I praksis fremstår dette likevel som en særdeles lite anbefalelsesverdig fremgangsmåte, som trolig vil være egnet til å vekke skarpere reaksjoner enn utøvelse av reservasjonsretten.

I praksis er det således EØS-avtalen art. 97 som fremstår som det eneste mulige unntaket fra implementeringsplikten. Denne bestemmelsen er redegjort for i Arnesen/Sejersted I på s. 17 flg. Jeg har ikke kommentarer til fremstillingen, men bemerker for ordens skyld at muligheten for å få EU med på at Norge er i en slik særstilling at avvikende lovgivning er berettiget, ikke fremstår særlig nærliggende.

---

[25] Jf. Rt. 2000 s. 1811 og EFTA-domstolens sak E-4/01 (Karlsson).

Departementet har også ønsket en vurdering av hvor langt man kan påregne at eventuelle tilpasningstekster kan gå for å få et best mulig resultat for Norge. Det er på det rene at EØS-komitéen etter art. 102 nr. 3 har relativt vid kompetanse til å vedta alternative tekster til den aktuelle EU-rettsakten dersom dette er nødvendig (og ønskelig) for å komme til en omforent løsning.[26] Jeg har imidlertid vanskelig for å se hvilke tilpasningstekster som skulle være egnet til å ivareta eventuelle norske motforestillinger, og som ikke også i praksis innebærer at man unnlater å gjennomføre de sentrale deler av direktivet (typisk liberaliseringen av postsektoren uavhengig av vektgrenser). For eksempel fremstår tilpasningstekster i form av regionale unntak lite formålstjenlige gitt at formålet er å opprettholde dagens finanseringsmekanisme. Under enhver omstendighet vil ikke direktivet, så vidt jeg forstår, som sådan være til hinder for at Norge opprettholder et offentlig betalt posttilbud til distriktene.

I praksis synes det vanskelig for Norge å få gehør for noe mer enn en utsettelse med full liberalisering tilsvarende den de 13 landene som er nevnt i direktivets art. 3 har fått. Noen lengre utsettelse enn to år, som i seg selv fremstår urealistisk, vil det ikke være grunnlag for med mindre EØS-avtalen art. 97 er anvendelig.

Med vennlig hilsen
KLUGE Advokatfirma DA

Thomas G. Naalsund

[26] Se også EFTA-domstolens sak E-6/01 (CIBA II), særlig avsnitt 33.