

ESA som tilsynsmyndigheit av finansielle teneste i den indre marknad¹

1. Innleiing

Framveksten av eit stadig aukande EU-forvaltningsapparat skapar utfordringar for EØS/EFTA-pilaren si tilknytning til den indre marknad. I det følgjande skal eg undersøkje korleis EØS/EFTA-pilaren har tilknytt seg EU-tilsynsapparatet for finansielle teneste i den indre marknad. Dette tilsynsapparatet består av dei tre tilsynsbyråa European Banking Authority (EBA), European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA) og European Securities and Markets Authority (ESMA).² Desse fører tilsyn med henhaldsvis bank, forsikring og verdipapir, og har myndigheit til å instruere nasjonale finanstilsyn og i visse tilfelle setje desse heilt på sidelinja gjennom bindande vedtak adressert direkte til nasjonale marknadsaktørar.³

Etter dagens modell har nasjonale finansstyresmakter i EØS/EFTA, ilag med ESA, møterett i styret (Board of Supervisors) til EU-finansbyråa (EBA, EIOPA og ESMA). Dette for å sikre “... *uniform surveillance and application of the legislation in the financial services field* ...”.⁴ Merk at denne retten til å delta i styret ikkje inkluderer nokon stemmerett slik aktørane i EU har.⁵ Tett samarbeid på førebuingstadiet mellom

¹ Takk til professor Halvard Haukeland Fredriksen for gode innspel på tidlegare utkast, og takk til vitskapleg assistent Erling Hermansen Grøndahl for hjelp med innsynssøknader.

² Desse byråa vart oppretta gjennom dei tre «Opprettingsforordningane; forordning nr. 1093/2010, forordning nr. 1094/2010 og forordning nr. 1095/2010. EU-byrå har, på liknande måte som Kommisjonen, kompetanse til å regulere (merk at dette hovudsakleg dreiar seg om ikkje rettsleg bindande reguleringar) og handheve eit avgrensa definert område av EU-samarbeidet. Byråa utleiast si myndigheit direkte frå sekundærretten, altså Opprettingsforordningane, som igjen har heimel i primærretten. Desse byråa står såleis ikkje i noko vertikalt høve til Kommisjonen, men er underlagd sekundærrettslege rammer i henhald til Meroni-doktrina. I *Meroni*-sakene (C-9/56 og C-10/56) etablerte EU-domstolen ei doktrine som set grenser for korleis EU-institusjonane kan delegera myndigheit til EU-byrå. Doktrina slår blant anna fast at ei delegering av myndigheit som «involves clearly defined executive powers the exercise of which can, therefore» må vere “be subject to strict review in the light of objective criteria determined by the delegating authority». Ei delegering som “involves a discretionary power, implying a wide margin of discretion which may, according to the use which is made of it, make possible the execution of actual economic policy” er derimot ikkje tillate, då det inneber ei avgjerds – og ansvarsoverføring frå delegerande styresmakt, sjå blant anna s. 152 av C-9/56. Doktrina er mykje omdiskutert, men eg går ikkje inn på denne debatten her.

³ Sjø EU-tilsynsforordningane artikkel 17 nr. 6, artikkel 18 nr. 4 og artikkel 19 nr. 4.

⁴ Council Conclusions on the EU and EEA-EFTA Ministers of Finance and Economy, [2014], 14178/1/14 REV 1, para. 8.

⁵ Viktig å poengtere er at det heller ikkje for EU-statane dreiar seg om nokon stemmerett for statane i den forstand at det er kvar einiskild stat sine interesser som skal fremjast. Det er leiarane for dei nasjonale finanstilsyna som har stemmerett etter artikkel 40 av Opprettingsforordningane, og dei skal som del av tilsynsstyret (Board of Supervisors) opptre «uavhengig og upartisk utelukkende i hele Unionens interesse» etter artikkel 42 av Opprettingsforordningane. Styret skal såleis opptre uavhengig av heimstatane sine interesser, og heller fremje EUs interesser. Sånn sett kan det argumenterast for at EØS/EFTA-tilsyna sin manglande stemmerett er mindre alvorleg enn det først kan sjå ut som, då det uansett ikkje skal gå føre seg noko vern av nasjonale interesser i styret. Kor

pilarane er gjennomgåande vald som løysing under tilknytingsmodellen for å sikre interessene til aktørane i EØS/EFTA utan å gje dei stemmerett og utan at topilarmodellen undergravast.⁶

Eg skal analysere tilknytingsmodellen ein har vald for korleis EØS/EFTA-pilaren skal ta del i tilsynet av finansielle teneste frå særleg EFTAs overvåkingsorgan (ESA) sitt perspektiv. Viktig å presisere her er at utviklinga går mot auka rettsharmonisering der føringane leggjast overnasjonalt, men at handhevinga framleis primært skjer nasjonalt. Det er nasjonale finanstilsyn som har hovudansvaret for handhevinga av finansielle teneste i sine marknader. Utover eit par meir spesifikke tilsynsoppgåver, kjem dei overnasjonale finanstilsyna gjerne først på bana når nasjonale styresmakter ikkje har oppfylt sine plikter.⁷

I denne artikkelen skal eg undersøkje styringshøvet mellom ESA og EU-finanstilsyna. Hovudproblemstillinga er kva slags myndigheit ESA har til å fatte rettsleg bindande vedtak under den valde tilknytingsmodellen. For norsk finansnæring er tilgang til EUs indre marknad for finansielle teneste viktig, men dette føreset at EFTA-statane finn ei rettsleg haldbar og berekraftig tilknytingsform til desse EU-byråa.⁸

2. Draft decision-modellen

2.1 Myndighetsfordelinga mellom ESA og EU-byråa

Ti år etter styrkinga av EUs finansinstitusjonsapparat og to år etter at Noreg vart del av EUs nye finansforvaltning,⁹ vart det første vedtaket frå ESA på

realistisk ein slik uavhengigheit er, kan det likevel stillast spørsmål ved. For meir om dette, sjå Hertzberg I and Bekkedal T, “Kompetanse uten kontroll? Om Norges tilslutning til EUs finansbyråer (II)”, Lov og rett, vol. 57, nr. 4 [2018], ss. 205–226, ss. 213-214.

⁶ https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esas_and_efta_sa_mmou_-_signed.pdf [sist lest 13/3-2020].

⁷ Sjø ESA si heimeside <http://www.eftasurv.int/internal-market-affairs/areas-of-competence/services/financial-services/> [sist lest 13/3-2020].

⁸ Dei fleste rettsaktar frå EU som knyt seg til finansielle teneste i den indre marknad har EØS-relevans, og skal dermed gjerast del av EØS-avtala og gjelde tilsvarande for EFTA-EØS. Etter Finanskrisa i 2008 vedtok EU fleire rettsaktar på finansmarknadsområdet som skulle vore gjort del av EØS-avtala. Ei løysing på tilknytingsforma for EFTA-EØS til finanstilsynssystemet i EU kom derimot ikkje før hausten 2016, noko som har gitt eit solid etterslep på rettsaktar om finansielle teneste i den indre marknad. Ein jobbar difor framleis med å kome á jour med innlemminga av desse reglane i EØS-avtala og gjennomføring av desse i norsk rett, sjå <https://www.finanstilsynet.no/tema/finanstilsyn-og-regelverk-i-eos/regelverksarbeid-i-eos/> [sist lest 13/3-2020].

⁹ For meir om dette, sjå <https://www.regjeringen.no/no/tema/europapolitikk/tema/finans-og-okonomi1/id686228/> [sist lest 13/3-2020]. Stortinget har godteke Noregs tilslutning til desse byråa i medhald av Grunnlova § 115. For meir om diskusjonane rundt tilslutninga og Grunnlova § 115, sjå mellom anna Bekkedal T og Hertzberg I, «Suverenitet og homogenitet. Om Norges tilslutning til EUs finansbyråer (I)», Lov og rett, vol. 57, nr. 3 [2018],

finansmarknadrettsområdet fatta i juli 2018.¹⁰ Vedtaket omhandla registrering hos ESA av kredittvurderingsbyrået Nordic Credit Rating AS (NCR). Medan kredittvurderingsbyrå i EØS/EFTA-pilaren er registreringspliktige hos ESA (ei av dei meir spesifikke tilsynsoppgåvene), er kredittvurderingsbyrå i EU-pilaren registreringspliktige hos ESMA. Det er vidare ESMA som fattar rettsleg bindande vedtak retta mot kredittvurderingsbyrå i EU, og som skisserer vedtak til ESA. Denne skisseringsordninga som del av tilknytingsmodellen utgjør eit sentralt vurderingstema for denne artikkelen. Eg skal difor kome attende til vedtaket seinare i artikkelen, då vedtaket etter mitt syn er interessant å vurdere opp mot den valde tilknytingsmodellen. Slik vedtaket er formulert kan ein stille spørsmål ved om ESA ønskjer å ha ein meir sjølvstendig rolle i handhevinga av finansielle teneste i den indre marknad enn det modellen opnar opp for.

I det følgjande skal eg vurdere korleis ESA er bunde under den valde tilknytingsmodellen etter ODA artikkel 25 a) og protokoll 8.¹¹ Her er det særleg modellen der EU-byråa skisserer vedtaka før dei sendast over til ESA i henhold til artikkel 3 protokoll 8 (1) til ODA eg skal undersøkje nærare. Merk at denne utkastmodellen òg går fram fleire plassar i tilpassingstekstane av Opprettingsforordningane i vedlegg IX til EØS-avtala.¹² Eg avgrensar artikkelen til å undersøkje myndigheitsfordelinga mellom ESA og EU-byråa når det kjem til det å fatte rettsleg bindande vedtak.

Det er viktig å merke seg at det berre er rettsleg bindande vedtak som må fattast formelt av ESA. Kompetansen til å utforme alt av det som på engelsk kategoriserast som «soft law» ligg framleis til EU-byråa, slik som retningslinjer og anbefalingar. Dette går fram av artikkel 16 av Opprettingsforordningane. Av artikkel 16 (1) går det fram at desse mjuke reglane er rekna som eit viktig verktøy i sikringa av «*en ensartet, formålstjenlig*

s. 131-157. Bekkedal T og Hertzberg I, «Kompetanse utan kontroll? Om Norges tilslutning til EUs finansbyråer (II)», Lov og rett, vol. 57, nr. 4 [2018], s. 205-226.

¹⁰ EFTA Surveillance Authority delegated decision of 27 July 2018 to register Nordic Credit Rating AS as a credit rating agency, decision no: 071/1 8/COL.

¹¹ Avtale 6 okt 2016 om endring av avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol ved tilføyelse av en ny artikkel 25a og en ny protokoll 8 til avtalen, ikr. 25 nov 2106. Jf. lov 17 juni 2016 nr. 30.

¹² Sjå EØS-komiteéns beslutningar frå 2016 her: <https://www.efta.int/sites/default/files/documents/eea-supplements/norwegian/2017-no/su-nr-13-no-23-02-2017.pdf> [sist lest 13/3-2020].

og effektiv tilsynspraksis i ESFS og [...] en felles, ensartet og sammenhengende anvendelse av unionsretten». ¹³ Av fortala til EØS-komiteén sitt vedtak frå 2016 om å ta inn Opprettingsforordningane i EØS-avtala går det fram at

«EUs og EØS-EFTA-statenes finans- og økonomiministere understreket at, i samsvar med EØS-avtalens topilarstruktur, vil EFTAs overvåkingsorgan treffe beslutninger som er rettet mot vedkommende myndigheter eller markedsaktører i EØS-EFTA-statene. *De europeiske tilsynsmyndigheter vil ha myndighet til å gjennomføre tiltak av ikke-bindende karakter, som å vedta anbefalinger og ikke-bindende mekling, også rettet mot vedkommende myndigheter og markedsaktører i EØSEFTA-statene.* Forut for tiltak på den ene eller andre side vil det, i den grad det er hensiktsmessig, være rådføring, koordinering eller utveksling av opplysninger mellom de europeiske tilsynsmyndighetene og EFTAs overvåkingsorgan» (mi utheving).¹⁴

Når det kjem til slike mjuke reglar deltek dermed både styresmakter og private aktørar i EØS/EFTA-statane som om dei var tilhøyrande i EU-pilaren.¹⁵ Denne kompetansetildelinga til EU-byråa skil seg blant anna frå konkurranseretten sitt område der det er ESA som sit med kompetansen til å utforme slike mjuke reglar i EØS/EFTA-pilaren. Ein stor del av føringane frå EU på finansielle teneste kjem gjennom slike ikkje-bindande reglar. Viktig å poengtere her er at det likevel ikkje dreiar seg om nokon avståing av suverenitet då desse føringane ikkje er rettsleg bindande.¹⁶

ESAs myndigheit og oppgåver som tilsynsmyndigheit av finansmarknaden i EFTA-pilaren er regulert i ODA artikkel 25 a og protokoll 8, begge nye føresegn i 2016.¹⁷ Artikkel 25 a) i ODA slår fast at:

«EFTAs overvåkingsorgan skal, i samsvar med rettsaktene omhandlet i EØS-avtalens vedlegg IX som innenfor Den europeiske union gir myndighet til en europeisk tilsynsmyndighet som, når det gjelder EFTA-statene og ifølge tilpasningene i nevnte vedlegg skal utøves av EFTAs

¹³ For meir om dette, sjå Hertzberg I and Bekkedal T, “Suverenitet og homogenitet. Om Norges tilslutning til EUs finansbyråer (I)”, Lov og Rett, vol. 57, nr. 3 [2018], ss. 131-157, del 4.

¹⁴ Sjø fortalane avsnitt 4 av EØS-komiteén sine avgjerder nr. 199, 200 og 201 frå 2016 om endring av vedlegg IX til EØS-avtala (Finansielle teneste).

¹⁵ For meir om dette, sjå blant anna Tarjei Bekkedal, “Third State Participation in EU Agencies: Exploring the EEA Precedent”, 56 Common Market Law Review, pp. 381-416 [2019], pp. 381-416, p. 404.

¹⁶ Sjø artikkel 288 (5) TFEU.

¹⁷ Tilføyd ved Avtale 6 oktober 2016 om endring av avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol ved tilføyelse av en ny artikkel 25a og en ny protokoll 8 til avtalen, ikr. 25 nov 2106. Jf. lov 17 juni 2016 nr. 30.

overvåkingsorgan, og i henhold til bestemmelsene i protokoll 8 til denne avtale, håndheve de relevante bestemmelsene i EØS-avtalen og sikre at bestemmelsene blir anvendt.»

Der det dreiar seg om rettsleg bindande vedtak overfor aktørar som opererer i finansmarknaden i EFTA-pilaren er det formelt ESA som fattar desse. Denne løysinga tek sikte på å ivareta føremåla om finansiell stabilitet og effektivitet i finansmarknaden, samstundes som ein sikrar homogenitet ved uniform rettsbruk.¹⁸ I tillegg ivaretakast tilsynelatande topilarstrukturen i tråd med EØS-avtala, i det ein unngår at EU-byråa får direkte vedtakskompetanse i EFTA-pilaren.¹⁹

Det følgjer derimot vidare av artikkel 3 (1) av protokoll 8 til ODA-avtala at

«Vedtak i EFTAs overvåkingsorgan innanfor virkeområdet for denne protokoll skal gjøres av Overvåkingsorganets kollegium *basert på utkast utarbeidet av den relevante europeiske tilsynsmyndighet*. EFTAs overvåkingsorgan skal gjøre disse vedtakene uten unødig opphold etter at det mottar utkastene. EFTAs overvåkingsorgan kan anmode den relevante europeiske tilsynsmyndighet om å utarbeide et utkast» (mi utheving).

Sjølv om topilarstrukturen sikrast ved at ESA formelt fattar vedtak, er desse vedtaka, som nemnd, skissert av det kompetente EU-byrået for å sikre lik handheving av reglane i finansmarknaden.²⁰ I det vedtaka allereie er skisserte av EU-byråa kan ein innvende at dette ikkje er ein rein topilar-modell. Sjølv om ESA ikkje reint rettsleg er forplikta til å følgje det skisserte vedtaket som eg kjem attende til nedanfor, ville ein rein topilar-modell etter mitt syn likevel føresett parallelle og like prosedyrar i pilarane med tilsvarande horisontal kompetanse og fagkyndigheit – slik det er innanfor konkurranse - og statsstøtteretten. Som eg òg skal kome attende til seinare, har ein derimot ikkje vald å byggje opp eit tilsvarande apparat i EØS/EFTA-pilaren.²¹ Av fortala til EØS-komiteéns vedtak går det fram at:

«For å sikre at det dras nytte av de europeiske tilsynsmyndigheters ekspertise i prosessen, og at det er samsvar i praksis mellom de to pilarene, vil EFTAs overvåkingsorgans enkeltbeslutninger og formelle uttalelser rettet mot en eller flere individuelle vedkommende myndigheter eller

¹⁸ Prop. 100 S (2015–2016), s. 74.

¹⁹ Prop. 100 S (2015–2016).

²⁰ Artikkel 3 protokoll 8 (1) til ODA-avtala.

²¹ Sjå under punkt 3.3.

markedsaktører i en EØS-EFTA-stat, treffes basert på utkast utarbeidet av den relevante europeiske tilsynsmyndighet.»²²

Det er ingen fagkyndige, overnasjonale organ i EØS/EFTA-pilaren som kan gjøre tilsvarende arbeid som det EU-byråa gjer. I EØS/EFTA-pilaren er det dei nasjonale finanstilsyna som har fagkyndig kompetanse. Det er nettopp difor modellen ved ei slik skisseringsløysing sørgjer for «*integration of the EU ESAs expertise in the process and consistency between the two pillars*» i den overnasjonale handhevinga.²³ Sjølv om modellen er meint å bøte på manglande fagkyndigheit overnasjonalt i EØS/EFTA-pilaren, vert ESAs rolle som handhevar uklar, om ikkje formelt, så i alle fall reelt.

Utkastmodellen er framheva fleire plassar, blant anna i førearbeida til samtykke om innlemming av dei nye finansmarknadsreglane i norsk rett. Merk at norske førearbeid ikkje har rettskjeldemessig vekt i utleiinga av innhaldet i artikkel 3 (1) av protokoll 8 til ODA-avtala. Ved tolkinga av ODA-avtala er det den EØS-rettslege metoden som gjeld, og dermed EU/EØS-rettslege kjelder.²⁴ Dei norske førearbeida gir likevel innsikt i bakgrunnen for valet av tilknytingsmodell og korleis denne er meint å fungere, då dei norske førearbeida ligg til grunn for godkjenninga av norsk tilknytning til handheving av finansielle teneste i den indre marknad.

I dei norske førearbeida står det at «*EFTAs overvåkingsorgan skal, når det treffer bindende vedtak, basere vedtaket på et utkast fra den relevante EU-tilsynsmyndigheten [...] Utkastet fra EUs tilsynsmyndigheter er [...] ikke rettslig bindende for EFTAs overvåkingsorgan*».²⁵ Vidare følgjer det at «*[d]et foreligger imidlertid ingen formell rettslig forpliktelse for EFTAs overvåkingsorgan til å fatte et slikt vedtak. Det må derfor kunne legges til grunn at EFTAs overvåkingsorgan i prinsippet står rettslig fritt til å ikke fatte et vedtak*».²⁶ Utgangspunktet er såleis at eit utkast til vedtak frå EFTA-byråa

²² Sjø fortala avsnitt 5 av EØS-komitéen sine avgjerder nr. 199, 200 og 201 frå 2016 om endring av vedlegg IX til EØS-avtala (Finansielle teneste).

²³ Council Conclusions on the EU and EEA-EFTA Ministers of Finance and Economy, [2014], 14178/1/14 REV 1, para. 5. Merk at artikkel 1 (4) av Opprettingsforordningane slår fast at «(t)he provisions of this Regulation are without prejudice to the powers of the Commission, in particular under Article 258 TFEU, to ensure compliance with Union law». Samspelet mellom Kommissjonen og dei ulike EU-byråa vil variere ut frå korleis dette er regulert i forordninga som opprettar EU-byrået.

²⁴ Sjø Fredriksen HH and Mathisen G, *EØS-rett* (3. utg.) Fagbokforlaget [2018], del VII.

²⁵ Prop. 100 S (2015–2016), s. 55.

²⁶ Ibid.

ikkje formelt bind ESA då EØS/EFTA-statane ikkje har gitt nokon suverenitet til EU-byråa. Slik eg forstår dette kan ESA såleis formelt late vere å i det heile fatte eit vedtak, men det er meir usikkert om ESA kan fatte eit vedtak med anna innhald enn i utkastet.

Det kan sjå ut som om det er lagt opp til at ESA berre skal kopiere og signere på desse utkasta til vedtak. Det går fram av same førearbeid at «*[d]et er en underliggende forutsetning i den fremforhandlede modellen at EFTAs overvåkingsorgan, kort tid etter mottak av et slikt utkast fra den relevante EU-tilsynsmyndigheten, vil fatte et likelydende eller tilnærmet likelydende vedtak*».²⁷ Dette såg vi òg har blitt gjort til del av ordlyden i artikkel 3 (1) av protokoll 8 til ODA der det går fram at ESA skal «*gjøre disse vedtakene uten unødig opphold etter at det mottar utkastene*» (mi utheving). Handlerommet til ESA verkar såleis avgrensa, noko eg kjem nærare inn på i punkt 2.3 og 2.4.

Korleis dette fungerer i praksis, har vore vanskeleg å få greie på. Går vi attende til det eine vedtaket ESA har gjort på feltet om registrering av kredittvurderingsbyrå i EFTA-pilaren vist til tidlegare,²⁸ ser vi at ESA sitt vedtak vart fatta 27. juli 2018, med verknad frå 3. august 2018. At dette vedtaket var fatta på bakgrunn av eit utkast frå ESMA går tydeleg fram av ESMA si pressemelding,²⁹ men eg har ikkje lukkast i å få tak i dette utkastet. Det hadde vore interessant å sjå kor lang tid det gjekk mellom at ESA fekk utkastet til vedtak frå ESMA, til ESA fatta eit endeleg vedtak. Tidsaspektet kunne vore ein indikator på om dette i praksis berre er ein «copy/paste-modell», eller om ESA faktisk gjer ein grundig og sjølvstendig sakshandsaming. Vidare ville innsyn gjort det mogleg å samanlikne bruk av rettskjelder, formuleringar og argument for slik å teikne eit bilete av i kva grad ESA gjer ei sjølvstendig sakshandsaming. Både ESMA, ESA og det norske Finanstilsynet (der vedtaket var på høyring hos sistnemnde) avslo diverre søknaden min om innsyn i utkastet til vedtak. Gjennomgåande for avslaga var at utkastet skal reknast som intern, førebuande korrespondanse unnateke offentlegheit.

At prosessane vert halde bak lukka dører vanskeleggjer forskning på problemstillingane rundt EØS/EFTA-pilaren si tilknytning til finansmarknaden i EU. Dette kan igjen vere

²⁷ Ibid.

²⁸ Sjå punkt 1.

²⁹ <https://www.esma.europa.eu/press-news/esma-news/nordic-credit-rating-registered-credit-rating-agency> [sist lest 13/3-2020].

med på å svekke tilliten til at prosessane går føre seg slik dei skal, særleg i henhold til topilarstrukturen. Grunnlaget for forskinga svekkast, både om kva gjeldande rett er, og ikkje minst kritikken og forslag til eventuelt meir hensiktsmessige måtar EØS/EFTA-pilaren kan tilknytte seg finansmarknaden i EU, og meir generelt den vaksande EU-rettsforvaltninga. Overordna vert såleis hindringa av uavhengig prøving av korleis denne modellen fungerer og manglande gjennomsluttheit eit demokratisk problem som både EU- og EØS/EFTA-institusjonane bør ta tak i. Etter mi meining burde slike utkast vore offentleg tilgjengelege.

Til tross for avslag på innsyn i utkastet til vedtak frå 2018, er det likevel eit par moment som er eigna til å setje lys på spørsmålet om korleis ESA er meint å ta stilling til utkasta som kjem frå EU-byråa.

2.2 Manglande fagkyndigheit

Noko som støttar opp under at ESA under denne modellen er meint å berre kopiere og signere på desse utkasta til vedtak, er ESAs manglande fagkyndigheit på feltet. Dette har tilsynelatande vore eit medvite grep då tilknytingsmodellen kom på plass. Av dei norske førearbeida går det fram at:

«Det har ikke vært ansett verken hensiktsmessig eller realistisk å bygge opp egne organer i EFTA-pilaren med tilsvarende kompetanse og ressurser som for EUs tilsynsmyndigheter. Ved å legge vedtaksmyndigheten i EFTA-pilaren til EFTAs overvåkingsorgan, utnyttes en institusjonell struktur som allerede er på plass, og de juridiske og økonomiske implikasjonene av å opprette et nytt internasjonalt organ unngås.»³⁰

Vidare framhevast det nære samarbeidet mellom pilarane som ei avbøting for den manglande kompetansebygginga i EFTA-pilaren då modellen sikrar homogenitet gjennom uniform rettsbruk.³¹ Sjølv om det altså formelt sett er klart at EU-byråas utkast til vedtak ikkje bind ESA til å treffe vedtak, då EFTA-statane ikkje har gitt nokon suverenitet til EU-byråa, erkjennast det opent at det blant anna på grunn av ressursomsyn ikkje har vore meint å byggje opp kompetanse i EFTA på dette feltet.

³⁰ Prop. 100 S (2015–2016), s. 74.

³¹ Ibid.

Ser vi til vedtaket om registrering av kredittvurderingsbyrå endå ein gong, er det interessant å sjå at ESA i sjølve vedtaket ikkje viser til ESMA sitt utkast i det heile.³² Les ein vedtaket til ESA isolert, ser det ut som om ESA ønskjer å framstille seg som eit sjølvstendig og spesialisert organ, noko det ifølgje dei norske førearbeida ikkje skal vere, og som det heller ikkje har fått ressursar til å verte. Om dette viser at det har vore misnøye frå ESA si side om å underkaste seg føringar frå EU-byråa slik modellen legg opp til, eller om vedtaket har verka meir sjølvstendig enn det som var intensjonen, er vanskeleg å vite når ein ikkje får sjå utkastet frå ESMA. Eit tydelegare bilete vil nok likevel teikne seg etter kvart som det ligg føre fleire vedtak.

Av vedtaket går det vidare fram at ESA har vore på synfaring ilag med ESMA, og som nemnd ovanfor, har nasjonale styresmakter i EØS/EFTA-pilaren blitt bedne om å uttale seg. Det hadde vore interessant å vite om dette skjedde før eller etter utkastet til vedtak frå ESMA låg føre, for å få eit tydelegare bilete av kor mykje EØS/EFTA-pilaren, og særleg ESA i dialog med dei kompetente nasjonale styresmaktene, kan påverke innhaldet før det fattast vedtak.³³

Desse motstridande faktorane, både i teori og praksis, er etter mitt syn med på å gjere det uklart korleis denne modellen er meint å fungere, og fleire spørsmål reiser seg. Kan ESA, som eg allereie har vore inne på, til dømes fråvike eit EU-byrå sine vurderingar når det fattar eit rettsleg bindande vedtak? Eller er det eigentleg ein føresetnad for at EFTA/EØS-statane får vere med i finansmarknaden i EU at ESA ikkje protesterer, og såleis i realiteten langt på veg er bunde av desse utkasta? For å forsøke å svare på desse spørsmåla skal eg i det følgjande vurdere desse spørsmåla fortløpande opp mot dei reglane som set grenser for ESA sitt spelerom som tilsynsmyndigheit, både heilt overordna og etter dei meir spesielle reglane under den valde tilknytingsmodellen på finansmarknadsrettsområdet.

³² EFTA Surveillance Authority delegated decision of 27 July 2018 to register Nordic Credit Rating AS as a credit rating agency, decision no: 071/1 8/COL.

³³ MMoUen opnar truleg for dette, men denne er ikkje rettsleg bindande https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esas_and_efta_sa_mmou_-_signed.pdf.

2.3 Lojalitetsplikta

Eg startar med å gå heilt grunnleggjande til verks for å få fram korleis det EØS-rettslege prinsippet om lojalitetsplikt bind ESA under tilknytingsmodellen. Utgangspunktet her er EØS-avtala artikkel 3.³⁴ Her går det blant anna fram at «*[a]vtalepartene skal treffe alle generelle eller særlege tiltak som er egnet til å oppfylle de forpliktelser som følger av denne avtale*», og vidare at «*[d]e skal avholde seg fra alle tiltak som kan sette virkeliggjoringen av denne avtales mål i fare*». Føresegna rettar seg først og fremst mot medlemsstatane, og pålegg desse å etterfølgje og leggje til rette for EØS-retten sitt gjennomslag i nasjonal rett, samstundes som ein kvar hindring som vanskeleggjer dette skal unngåast. Det er likevel ingen tvil om at ESA, som del av det apparatet som har ansvar for at føremåla med samarbeidet realiserast, på liknande vis som medlemsstatane er underlagt ei lojalitetsplikt.³⁵

Det vil vere for omfattande å gå i detalj på ESAs generelle lojalitetsplikt for denne artikkelen, men på finansmarknadsrettsområdet kunne ein då ut frå ei streng tolking av lojalitetsprinsippet argumentert for at ESA ikkje har reelt rom til å fråvike EBA, EIOPA eller ESMA sine vurderingar, då dette ville ha undergrave føremåla om fri flyt, og her under finansiell stabilitet, effektivitet og homogenitet i finansmarknaden.

Ei slik forståing ville derimot ikkje vore foreinleg med topilarstrukturen og det horisontale høvet mellom EU-byråa og ESA. Utgangspunktet må òg her vere at ESA ikkje er bunde av eit EU-byrå sine vurderingar. Som vist ovanfor, kan tilknytingsmodellen likevel etter mitt syn ikkje reknast som ein fullverdig topilarmodell.³⁶ Både tidsramma ESA har til å fatte eit vedtak etter utkastet til vedtak er motteke og mangelen på fagkyndigheit modererer i mine auge topilarstrukturen. Ut frå dette, kan ein etter mitt syn difor likevel stille spørsmål ved ESAs uavhengigheit frå EU-byråa sine vurderingar. I det følgjande vil eg for den vidare analysen operere med ei

³⁴ Merk at lojalitetsplikta òg er nedfelt i artikkel 2 av ODA-avtala. Høvet mellom EØS-avtala og ODA-avtala er kort behandla avslutningsvis i artikkelen. For meir om høvet mellom artikkel 3 i EØS-avtala og artikkel 2 i ODA-avtala, sjå Fredriksen HH og Arnesen F, i Arnesen F. et. al., “Agreement on the European Economin Area. A Commentary”, C.H. Beck/Hart/Nomos/Universitetsforlaget [2018], s. 977.

³⁵ For meir om lojalitetsplikta i EØS, sjå Franklin C., i Arnesen F. et. al., “Agreement on the European Economin Area. A Commentary”, C.H. Beck/Hart/Nomos/Universitetsforlaget [2018], s. 180-196, sjå blant anna s. 185 der Franklin viser til «Cross-pillar cooperation».

³⁶ Sjø punkt 2.1.

sondring mellom EU-byråa si vurdering av faktum, skjønnsutøving og regelforståing i eit utkast til vedtak, og vurdere ESA sitt spelarom opp mot desse.

2.4 EU-byråa si regelforståing, faktumforståing og skjønnsutøving

Når det kjem til spørsmålet om ESA er bunde av regelforståinga som er lagt til grunn i eit utkast til vedtak, vil det nok vere å moderere topilar-modellen for mykje å seie at ESA er bunde. Kjernen i EØS-samarbeidet må seiast å vere at når reglar frå EU vert gjort til del av EØS-avtala, er det dei anerkjende styresmaktene i EØS/EFTA-pilaren som er gitt myndigheit til å tolke desse reglane. Her er eksistensen av ein eigen, uavhengig domstol for EØS/EFTA-pilaren, nemleg EFTA-domstolen, sentral. Reglane skal sjølvstøtt tolkast i samsvar med regelforståinga i EU-pilaren så langt det let seg gjere for å sikre homogenitet og uniform rettsbruk i den indre marknad, men nokon binding av regelforståinga til eit EU-byrå vil vere å innskrenke dei konstitusjonelle rammene for EØS/EFTA-statane i for stor grad.

Når det derimot kjem til spørsmålet om ESA er bunde av eitt av EU-byråa si forståing av faktum og særleg skjønnsutøving, er eg meir tilbøyeleg til å argumentere for at ESA i praksis er bunden, all den tid det ikkje er bygd opp nokon kompetanse i EØS/EFTA-pilaren. Ut frå det som står skrive om korleis det har vore tenkt rundt modellen, må det i alle fall forståast slik at ESA vil vegre seg for å overprøve eit byrå si finansrettslege skjønnsutøving, som er basert på ein spesialkompetanse som ESA manglar. Her kan moglegens lojalitetsplikta til ESA òg spele inn, i form av at ESA ser seg forplikta til å følgje dei kompetente styresmaktene sine vurderingar, for å sikre fri flyt og dei meir fagleg innretta føremåla om finansiell stabilitet og effektivitet i henhold til avtala. Her er det viktig å presisere at analysane mine tek sikte på å skissere korleis samarbeidet mellom pilarane truleg vil utarte seg i praksis, og ikkje på å stille opp nokon rettsleg skranke. Eg har likevel vanskeleg for å sjå i kva tilfelle ESA kan eller vil ønskje å fråvike dette all den tid eit utkast til eit vedtak frå eit EU-byrå er utforma basert på og i tråd med dei fagkyndige vurderingane på området.

Samstundes kan det ikkje vere sånn at ESA er pliktig å fatte eit vedtak som mest sannsynleg vil bli erklært ugyldig dersom det prøvast for domstolane. Ei hensiktsmessig grense for ESA sitt spelarom kunne difor vore spørsmålet om vedtaket ville stått seg ved

ei rettsleg prøving for ein domstol. ESA si rolle ville då ha vore meir lik ei uavhengig klagenemnd som kan sende vedtaket vidare til dei ordinære domstolane, enn eit forvaltningsorgan som fattar vedtak slik det er etter dagens regelverk. Ei innvending mot ei slik ordning er at rollefordelinga mellom ESA som eit forvaltningsorgan og EFTA-domstolen som ein domstol vil undergravast, iallfall slik modellen er lagt opp no: Ut frå tilknytingsmodellen skal ESA vere ekvivalenten til EU-byråa i EØS/EFTA-pilaren, og sit såleis ikkje med den rette kompetansen. Medan det i EU-pilaren har blitt oppretta ein administrativ klageinstans som kan overprøve EU-byråas vedtak før desse går til EU-domstolen etter artikkel 58 av Opprettingsforordningane, er det etter dagens regelverk berre EFTA-domstolen som kan overprøve ESAs vedtak etter artikkel 61 av Opprettingsforordningane.

2.5 Tvisteløysing mellom ESA og eit EU-byrå

Viktig å få fram avslutningsvis er at det er teke høgde for at det kan oppstå usemje mellom pilarane i regelverket. Skulle det oppstå usemje mellom ESA og eit EU-byrå om handhevinga av Opprettingsforordningane, er ei særskild tvisteløysing regulert i EØS-avtala vedlegg IX. Her går det fram av artikkel 1 bokstav d) (2) at:

«Dersom det oppstår uenighet mellom Myndigheten og EFTAs overvåkingsorgan med hensyn til håndheving av forordningens bestemmelser, skal Myndighetens formann og EFTAs overvåkingsorgans kollegium, idet de tar hensyn til hvor mye saken haster, uten unødige opphold komme sammen på et møte for å komme fram til enighet. Dersom de ikke kommer fram til enighet, kan Myndighetens formann eller EFTAs overvåkingsorgans kollegium anmode avtalepartene om å bringe saken inn for EØS-komiteen, som skal behandle den i samsvar med artikkel 111 i EØS-avtalen som skal få anvendelse *mutatis mutandis*.»³⁷

Bakgrunnen for etableringa av denne særskilde tvisteløysingmekanismen var å oppmuntre til dialog mellom ESA og EU-byråa for å finne ei løysing for å unngå å måtte ta saka inn for EØS-komitéeen etter tvisteløysingsmekanismen i EØS-avtala artikkel 111.³⁸ Her kan det nemnast at EØS-avtala og ODA i utgangspunktet er to ulike avtalar,³⁹ noko som reiser spørsmål om tvisteløysingsordninga nedfelt i EØS-avtalas vedlegg IX

³⁷ EØS-komitéeens avgjerd nr. 199, 200 og 201 av 30. september 2016 om endring av vedlegg IX til EØS-avtala.

³⁸ Prop. 100 S (2015–2016), s. 24-25.

³⁹ Arnesen F. og Fredriksen HH i Arnesen/Fredriksen/Graver/Mestad/Vedder, Agreement on the European Economic Area – A Commentary [2018], p. 977.

kan nyttast på artikkel 3 i protokoll 8 av ODA-avtala. ODA-avtala nyttast ofte til å gjennomføre reglane i EØS-avtala, mellom anna ved at avtalepartane til EØS vert samde om korleis ODA skal regulere ESAs myndighet og kontrolloppgåver.⁴⁰ Vidare kan ein merke seg at det både i artikkel 25a av ODA-avtala og artikkel 1 om verkeområde til protokoll 8 av ODA visast til ESAs kontrolloppgåver for gjennomføringa av reglane i vedlegg IX av EØS-avtala. Av sistnemnde går det fram at

«Denne protokoll fastsetter oppgaver og myndighet for EFTAs overvåkingsorgan innanfor området finansielle tjenester, der EFTAs overvåkingsorgan i samsvar med artikkel 25a i denne avtale opptre i samsvar med den særlege tilsynsmyndighet det er gitt gjennom rettsaktene i vedlegg IX til EØS-avtalen.».

Oppsummert ser regelverket ut til å leggje til rette for dialog både før, under og etter eit vedtak er teke for å unngå konflikt. Merk at prosedyrar for tvisteløysing mellom nasjonale finansstyresmakter regulerast i Opprettingsforordningane artikkel 19-21.

3 Avsluttande refleksjonar

Analysane viser ein tilknytingsmodell som ved første augekast ivaretek ein topilarmodell i tråd med EØS-avtala. Går ein denne modellen nærare i sømmene derimot, viser det seg at EØS/EFTA-pilaren med ESA i spissen er meint å ha ein sekundær rolle, underlagt føringane frå EU-byråa som fører tilsyn med finansielle teneste i den indre marknad. Mykje tyder såleis på at det ikkje er ein horisontal struktur mellom pilarane i praksis. Alt i alt er dette kanskje ikkje så urovekkande på kort sikt då det viktigaste er å sikre forsvarleg handheving av finansielle teneste i EØS. På lengre sikt derimot, kan det stillast spørsmål ved om dette er ein haldbar modell for EØS/EFTA-pilaren si tilknytning til finansmarknaden i EU skal strukturane i EØS-avtala vere ein realitet, der ESA og EFTA-domstolen deltek tilstrekkeleg i handhevinga av finansielle teneste i EFTA-pilaren.

⁴⁰ Her er fleire døme innanfor konkurranse – og statstøtteren, som til dømes protokoll 4 av ODA-avtala om ESAs oppgåver og myndighet på konkurranserettens område regulert i artikkel 53 og artikkel 54 i EØS-avtala.