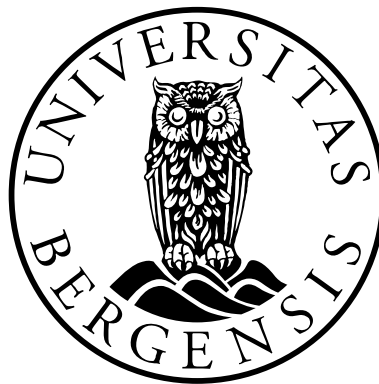


# Utfordringer vedrørende Norges tilknytning til forvaltningsretten i EU gjennom EØS- avtalen

*Bakgrunnen for den økende mengden sekundærrett på  
finansstilsynsområdet og Norges håndtering av dette*

Kandidatnummer: 70

Antall ord: 14992



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.05.22



# Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse .....	2
1 Innledning.....	4
1.1 Tema og problemstilling.....	4
1.2 One size fits all? .....	4
1.3 Metode og rettskilde .....	7
1.3.1 Reglene om reglene.....	7
1.3.2 Tre jurisdiksjoner og like mange juridiske metoder?.....	8
1.3.3 Tallenes klare tale.....	9
2 «Byråfiseringen» i EU.....	10
2.1 Generelt om EU-byråenes utvikling og myndighet.....	10
2.2 Særlig om EUs finanstilsynsbyråer .....	13
2.2.1 Myndighet til å komme med rettslig bindende vedtak.....	14
2.2.2 Myndighet til å utarbeide utkast til rettslig bindende regelverk.....	16
2.2.3 Myndighet til å utarbeide anbefalinger og retningslinjer .....	21
3 Norges tilknytning til EUs finanstilsyn.....	25
3.1 Konstitusjonelle utfordringer og valgt modell.....	25
3.2 EUs finanstilsyn som vedtaksmyndighet og «kopivedtak» fra ESA.....	26
3.3 EUs finanstilsyn som regelverksutvikler og implementeringen av forordninger etter EØS-avtalens artikkel 7.....	27
3.3.1 EØS-avtalens artikkel 7.....	28
3.3.2 Utviklingstrekk.....	30
3.3.3 Utfordringer knyttet til mengden forordninger .....	32
3.3.4 Utfordringer knyttet til tilgjengeligheten av regelverket.....	34
3.4 EUs finanstilsyn som utvikler av ikke-bindende regelverk og deres virkning.....	36
4 Bør vi tenke nytt? .....	40
4.1 Alternative løsninger for Norges håndtering av sekundærretten fra EU .....	40
4.2 Kan forordninger gis direkte virkning? .....	40
4.3 Tiltak for å bedre tilgjengeligheten .....	43
5 Avsluttende betraktninger .....	45
5.1 Oppsummering og funn .....	45
Litteraturliste .....	46



# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Temaet for denne masteroppgaven er bakgrunnen for den økende mengden sekundærrett<sup>1</sup> på finanstilsynsområdet, Norges håndtering av denne regelmassen gjennom tilknytningen til EUs finanstilsyn og i forlengelsen av dette hvilke utfordringer denne håndteringen medfører.

## 1.2 One size fits all?

Antall rettsaker fra EU øker stadig, samtidig som vi ser en dreining mot bruk av forordninger som regelform. Dette fører til store utfordringer ved implementeringen av regelverket i hele EU. Særlige forhold ved Norges tilknytning til EU kompliserer imidlertid situasjonen ytterligere da vi har andre mekanismer for implementeringen av forordninger. Det er Norges møte med sekundærretten fra EU vi skal fokusere på.

Det totale antallet EØS-relevante rettsaker økt betraktelig etter undertegnelsen av EØS-avtalen i 1992 og fortsetter å øke.<sup>2</sup> Da EØS-avtalen ble inngått besto den av 1875 rettsaker, og den 10 mars 2020 var antall EØS-relevante rettsaker ifølge EFTA-sekretariatets rapporteringsverktøy oppe i 11550.<sup>3</sup> Dette inkluderer imidlertid ikke bare EU-lovgivning i form av direktiver og forordninger, men også enkeltvedtak og ikke-bindende regelverk (såkalt «softlaw» regelverk).<sup>4</sup> De siste årene er det snakk om ca 500 rettsaker i året som vedtas i EU og vurderes EØS-relevante.<sup>5</sup> Denne økningen kan i stor grad tilskrives regler vedtatt av EU Kommisjonen, såkalt nivå-2 regelverk.<sup>6</sup> Bildet må imidlertid nyanseres noe da tallene som presenteres er bruttotall som også inkluderer rettsaker som er tidsbegrensede eller erstatter tidligere rettsaker.<sup>7</sup> I tillegg vil mange av rettsaktene kun innebære mindre endringer og

---

<sup>1</sup> Med sekundærrett menes her både rettslig bindende og ikke-rettslig bindende instrumenter se Utenriksdepartementet, 2016, s.71. Ordet «rettsakt» vil i det videre også brukes om det samme se Sejersted mfl., 2011, s.94.

<sup>2</sup> Interdepartemental arbeidsgruppe, 2021, s.28 og 31

<sup>3</sup> NOU 2012:2, s.107-108 og Interdepartemental arbeidsgruppe, 2021, s.29-30

<sup>4</sup> NOU 2012:2, s.80

<sup>5</sup> Interdepartemental arbeidsgruppe, 2021, s.30

<sup>6</sup> Interdepartemental arbeidsgruppe, 2021, s.28-29

<sup>7</sup> NOU 2012:2, s.80, s.107-108 og s.792-793

tekniske justeringer.<sup>8</sup> Det er likevel en utvikling som fører med seg utfordringer og som skaper bekymring for den norske rettstilstanden og forholdet til EU.

Videre har antall forordninger økt kraftig sammenliknet med direktiver.<sup>9</sup> Dette er en tendens vi ser særlig når det gjelder rettsakter vedtatt av EUs lovgivningsorganer Rådet og Parlamentet (nivå-1 regelverk).<sup>10</sup> Fra EØS-avtalens første leveår var fordelingen ca. 70-80% i favør direktiver, men nå er situasjonen snudd og forordningene utgjør ca. 70% av nivå-1 rettsaktene utarbeidet i EU.<sup>11</sup> Dette kan kanskje forklares med at Kommisjonen har fått en eksklusiv forslagsrett ved utarbeidelse av nytt regelverk, hvilket betyr at dersom Kommisjonen legger frem et forslag om en ny forordning kan ikke Rådet og Parlamentet endre formen til direktiv.<sup>12</sup> Det kan se ut til at Kommisjonen har en forkjærlighet for forordninger som regelverk da det foreligger en overvekt av forordninger i regelverk vedtatt av Kommisjonen (nivå-2 regelverk).<sup>13</sup>

Den økte mengden regelverk og dreiningen mot forordninger kan, som vi skal se, i stor grad tilskrives utviklingen av EUs forvaltningsapparat og den økte bruken av EU-byråer.

Byråene ble opprettet som et resultat av EUs stadig større virkeområde og behov for samordning og kontroll i spesialiserte faglige organer.<sup>14</sup> Kommisjonen har ikke kapasitet eller kompetanse til å ta seg av den mer og mer detaljerte reguleringen og lovgivingen på alle rettsområder og EU-byråene ble en måte å avlaste Kommisjonen på, samtidig som disse forvaltningsorganene hadde mer spesialisert kunnskap på de spesifikke rettsområdene.<sup>15</sup>

Byråene har imidlertid etter hvert fått en vidtrekkende myndighet. Det er vanskelig å definere hvor langt myndigheten rekker i de enkelte EU-byråene og hvilke konsekvenser den tidvis omfattende myndigheten får. Som vi skal se kan innvirkningen EU-byråene har på EU-retten etter omstendighetene være betydelig. Den stadig viktigere rollen EU-byråer har fått på stadig større områder av EU-retten (og dermed også EØS-retten) har videre tydeliggjort Norges behov for å knytte seg til disse byråene. Denne prosessen har imidlertid vist seg å være

---

<sup>8</sup> Interdepartemental arbeidsgruppe, 2021, s.28

<sup>9</sup> NOU 2012:2, s.110

<sup>10</sup> Interdepartemental arbeidsgruppe, 2021, s.28 og s.31-32

<sup>11</sup> Interdepartemental arbeidsgruppe, 2021, s.31

<sup>12</sup> Interdepartemental arbeidsgruppe, 2021, s.32

<sup>13</sup> Se i den retning NOU 2012:2, s.111

<sup>14</sup> Fredriksen og Mathisen, 2022, s.185 og s.268-269

<sup>15</sup> Craig, 2019, s.154-155 med videre henvisning og Fredriksen og Mathisen, 2022, s.184-185 s.268

komplisert og problematisk av konstitusjonelle grunner og fordi det i EØS-avtalen ikke er lagt opp til en løsning for tilknytning til byråer.<sup>16</sup>

Videre skal vi se nærmere på posisjonen til EUs finanstilsynsbyråer (EBA, EIOPA og ESMA)<sup>17</sup> som ble opprettet som en del av det europeiske finanstilsynssystem (ESFS) som en konsekvens av finanskrisen i 2008.<sup>18</sup> Grunnen til at nettopp disse byråene, som gjerne betegnes samlet som ESAs (European Supervisory Authorities)<sup>19</sup>, er interessante å se nærmere på, er at de er gitt vid myndighet via opprettelsesforordningene. Dette gir dem en særlig sterk posisjon og mulighet til å påvirke utviklingen av EUs sekundærrett, noe som gjør at de skiller seg en del fra andre byråer.<sup>20</sup>

Det er uttrykt bekymring fra flere hold når det gjelder den store mengden sekundærrett, særlig forordninger, som kommer fra EU på området for finanstilsyn.<sup>21</sup> Konsekvensen av store mengder nytt regelverk kombinert med et apparat som ikke er rustet til å ta dette imot, gjør at Norge risikerer å ikke oppfylle sine EØS-rettslige forpliktelser. I tillegg vil store mengder internasjonalt regelverk kunne komplisere og vanskeliggjøre tilgjengeligheten til reglene, noe som vil kunne sette rettssikkerheten til private aktører og borgere på spill. Dette gjelder særlig forordninger, som vi kommer tilbake til skal gjennomføres på en spesiell måte som kan svekke tilgjengeligheten til regelverket, se del 3.3.4.

NAV-skandalen er et ferskt eksempel på at rettssikkerheten kan svekkes når store mengder EØS regelverk skal gjennomføres i norsk rett og da særlig hva gjelder inkorporering av forordninger.<sup>22</sup> I saken ble det oversett at de norske reglene var i strid med trygdeforordningen som ble gjort til en del av norsk rett i 2012. Det ble også funnet brudd på EØS-avtalens artikkel 36 om fri bevegelse av tjenester, noe som gjorde at det forelå brudd på EØS regelverket også før implementeringen av denne forordningen.<sup>23</sup> Denne saken var riktignok ikke knyttet til byråvirksomhet, men den illustrerer likevel hva som kan skje når EØS-regelverket blir uoversiktlig og lite tilgjengelig. Den nåværende debatten rundt

---

<sup>16</sup> Fredriksen og Mathisen, 2022, s.184 og NOU 2012:2, s.241

<sup>17</sup> European Banking Authority, European Insurance and Occupational Pensions Authority og European Securities and Markets Authority

<sup>18</sup> Hertzberg, 2017, s.11

<sup>19</sup> Heretter vil ESA bare brukes om overvåkningsorganet i EFTA-pilaren (EFTA Surveillance Authority)

<sup>20</sup> Busuioc, 2013, s.112

<sup>21</sup> Se for eksempel Finanstilsynet, 2021, s.1, Meld. St. 14 (2017-2018), s.43, Meld. St. 31 (2020-2021), s.78 og Langberg, 2017

<sup>22</sup> Se for øvrig NOU 2020:9 kap 17 om funn og konklusjoner i forbindelse med granskningen av NAV-saken

<sup>23</sup> HR-2021-1453-S

tilknytning til EUs energibyrå ACER er et eksempel på at problemstillingene hva gjelder Norges møte med byråfiseringen i EU er høyaktuelt. Det er nok ikke usannsynlig at slike NAV-liknende saker kan oppstå igjen. Spørsmålet blir da om, og eventuelt hvordan, slike skandaler kan unngås i fremtiden.

Selv om den økende mengden sekundærrett fra EU og byråfisering er høyaktuelt og til stadighet er gjenstand for debatt og medieoppslag foreligger det lite rettslig informasjon på temaet. Enda mindre er skrevet om Norges tilknytning til EUs finanstilsyn ut over tidvise medieoppslag og noen juridiske artikler. Dette kan skyldes at det er snakk om et relativt nytt rettslig fenomen. Finanstilsynsbyråene ble opprettet i 2010 og Norge tilsluttet seg ikke disse før i 2016. I tillegg er det et område mer preget av rettspolitiske betraktninger og offentlig debatt enn dyptgående juridiske analyser.

## **1.3 Metode og rettskilde**

### **1.3.1 Reglene om reglene**

Oppgaven tar for seg Norges håndtering av den økende mengden rettsakter fra EU på finanstilsynsområdet. For å kunne si noe om hvordan Norge håndterer disse reglene, og for å kunne peke på de problematiske sidene ved denne håndteringen er det nødvendig å gå inn på hvor disse reglene kommer fra og hvordan de blir til. For å kunne svare på dette vil jeg ta utgangspunkt i en rettsdogmatisk analyse. Rettspolitiske bemerkninger vil imidlertid gjennomgående innrømmes stor plass for å belyse de problematiske sidene ved rettstilstanden slik den er på området i dag.

Det som gjør oppgaven metodisk utfordrende er at det ikke er innholdet i de materielle rettslige reglene på finanstilsynsområdet som skal analyseres, men heller de reglene som omhandler dannelsen og implementeringen av disse reglene. Fokuset i oppgaven vil med andre ord i mindre grad være rettet mot det materielle innholdet av de EU-rettslige reglene og i større grad være på den praktiske og prosessuelle gjennomføringen av rettsaktene fra EUs finanstilsynsbyråer som har sitt grunnlag i EØS-avtalen og reglene om tilknytningen til EUs finanstilsyn (Lov om EØS-finanstilsyn).



### 1.3.2 Tre jurisdiksjoner og like mange juridiske metoder?

Den prosessen, eller «reisen», en regel har fra å være en EU-regel til å bli en del av den norske rettsorden skjer igjennom flere trinn. Man kan se det slik at den er innom tre ulike «jurisdiksjoner». Metoden som må anvendes for å kartlegge innholdet av disse reglene om regeldannelse og implementering må dermed justeres etter hvor i prosessen reglene befinner seg. Man skiller gjerne i denne sammenhengen mellom EU/EØS-rettslig metode og tradisjonell norsk juridisk metode. Ulike tolkningsprinsipper vil gjelde og rettskildebildet vil variere etter hvilken metode som benyttes. Reglene som har sin opprinnelse i EU og omhandler regeldannelsesprosessen på dette trinnet må dermed ta utgangspunkt i en EU-rettslig metode. Når det gjelder de EØS-rettslige reglene som gjør EU-reglene til en del av EØS, må en EØS-rettslig metode anvendes. Dette har sin bakgrunn i homogenitetsprinsippet som innebærer at EU-rett som er overtatt eller «kopiert» fra EU-pilaren skal tolkes likt i EØS-retten.<sup>24</sup> EØS-rettslig metode er på mange måter det samme som EU-rettslig metode, men med særlige EØS-rettslige hensyn som må tas hensyn til i tolkningen. EU-regelen kan med andre ord måtte tolkes i en EØS-rettslig kontekst, noe som gjør at regelen ikke alltid vil være lik i EU og EØS.<sup>25</sup> Til slutt vil det være norsk tradisjonell juridisk metode som skal benyttes når det gjelder internrettslige forhold og nasjonale regler. Oppgaven vil imidlertid for det meste befinne seg i den EØS-rettslige jurisdiksjonen og EU/EØS-rettslig metode vil dermed vies størst oppmerksomhet.

Rettskildebildet vil også variere etter hvilken «jurisdiksjon» regelen befinner seg i. Rettskildebildet er imidlertid relativt tynt og varierende og mangel på viktige tungtveiende rettskilder slik vil gjøre at tolkningen og kartleggingen i stor grad må baseres på juridisk teori. I første del av del 2 vil de generelle begrensningene av hvilken myndighet som kan gis EU-byråer kartlegges ved en gjennomgang av rettspraksis fra EU og juridisk teori. Når det gjelder kartleggingen av finanstilsynsbyråenes myndighet vil rettskildebildet se noe annerledes ut. Utgangspunktet for tolkningen av innholdet i reglene vil være bestemmelsene i opprettelsesforordningene selv og deres fortaler. Videre vil lite rettspraksis på området, gjøre at mye plass vies til juridisk litteratur.

I del 3 om Norges tilknytning til EUs finanstilsynsbyråer vil også her bestemmelsene i loven og EØS-avtalen være utgangspunktet. Juridisk litteratur vil også få avgjørende plass her da

---

<sup>24</sup> Fredriksen og Mathisen, 2022, s.328

<sup>25</sup> Fredriksen og Mathisen, 2022, s.328 og Arnesen, 2021, s.242-243

andre rettskilder er mangelvare på dette området. I tillegg vil også norske forarbeider innrømmes en del plass. Til tross for at norske forarbeider ikke har rettskildemessig vekt ved tolkningen av EØS-rettslige bestemmelser, vil de likevel kunne gi veiledning og innsikt i bakgrunnen for de valgene man tok når det gjaldt blant annet tilknytningsmodellen til EUs finanstilsynsbyråer og hvordan man så for seg at regelverket skulle fungere fra norsk side.<sup>26</sup>

### 1.3.3 Tallenes klare tale

Gjennomgående i oppgaven vil også empiriske undersøkelser og annet tallmateriale bli viet plass for å underbygge poenger og problemstillinger som først og fremst er løftet frem i juridisk litteratur. Tallenes og empiriens plass i denne oppgaven er viktig å understreke all den tid deler av oppgavens eksisens hviler på nettopp dette. Den statistikken og de tallene som benyttes og trekkes frem i oppgaven viser på ulike måter utfordringen med den økende mengden rettsakter fra EU, særlig i form av forordninger. Som det vil fremgå av oppgaven, er det statistikken som legger premissene for de utfordringene som utspiller seg på området. Problemet ligger ikke nødvendigvis i statistikken og tallene i seg selv, men at vi ikke har en brukbar måte å møte disse mengdene med rettsakter på. Oppgaven vil fremdeles bestå av rettsdogmatisk og rettspolitiske analyser, men empirien er med på å belyse de utfordringene man står ovenfor.

*Opprettelsesforordningene til EUs finanstilsynsbyråer ble endret som følge av forordning 2019/2175. Denne forordningen er imidlertid enda ikke inkorporert i EØS-avtalen.<sup>27</sup> Jeg vil derfor forholde meg til gjeldende forordninger slik de fremgår av Lov om EØS-finanstilsyn. Der det er naturlig vil imidlertid endringer som følge av den nye endringsforordningen påpekes.*

Jeg ønsker i det videre å avdekke hvordan myndigheten EUs finanstilsynsbyråer er gitt på en rekke områder genererer store mengder regelverk, særlig i form av forordninger, før jeg går inn på hvordan Norge i dag håndterer denne regelverksmengden.

---

<sup>26</sup> Se blant annet Barlund, 2020, s.267

<sup>27</sup> Se <https://www.europalov.no/rettsakt/revisjon-av-eus-finanstilsyn-endringer-til-eba-eiopa-esma-visse-finansielle-instrumenter-for/id-10432> [sist lest 08.05.22]

## 2 «Byråfiseringen» i EU

### 2.1 Generelt om EU-byråenes utvikling og myndighet

Den store utviklingen i EUs forvaltningsapparat har skjedd gjennom opprettelse av stadig flere EU-byråer.<sup>28</sup> EU-byråene er forvaltningsorganer som for det meste er uavhengige EUs institusjoner, men som likevel regnes som EU-organer. Byråene er plassert i ulike land og består av faglig ekspertise som er fri for politiske betraktninger, men hvor realistisk denne politiske uavhengigheten er kan imidlertid diskuteres.<sup>29</sup> Mange vil si at byråfiseringen innebærer at oppgaver og myndighet som tidligere har ligget hos medlemsstatene blir overført til EU. Dette kan i ytterste konsekvens representere et demokratisk problem da det ikke lengre er politiske betraktninger som ligger til grunn for avgjørelsene. I tillegg kan, som vi skal komme tilbake til, den store mengden rettsaker byråene genererer by på retts tekniske problemer som kan svekke rettssikkerheten. Det blir imidlertid også sett på som fordelaktig at myndighet på viktige og kompliserte områder ligger hos et samlet politisk nøytralt ekspertorgan bestående av fagkyndige personer fra de deltagende nasjoner. EU-byråene gir medlemsstatene en mulighet til å samarbeide om rettshåndhevelsen på områder der det er vanskelig å skaffe tilstrekkelig fagkompetanse i nasjonale tilsyn.<sup>30</sup> Det finnes mange argumenter for og imot EU-byråer og deres plass i EU-systemet blir ofte debattert, jeg går imidlertid ikke nærmere inn på dette.

Hvilken innflytelse byråene har på EU-retten vil imidlertid variere med myndigheten de er gitt. Ofte vil det dreie seg om informasjon, rådgiving og anbefalinger, men byråene kan også gis myndighet til å treffe rettslig bindende vedtak og til å utvikle nytt regelverk i form av utkast.<sup>31</sup> Myndigheten byråene kan tildeles er imidlertid ikke ubegrenset og grensene har blitt trukket opp av EU-domstolen gjennom særlig tre viktige avgjørelser.<sup>32</sup>

---

<sup>28</sup> Se Craig, 2019, s.156-157 om hvordan byråenes utvikling skjedde gjennom flere «bølger», fremveksten var særlig sterk etter tusenårsskiftet og tendensen fortsetter se NOU 2012:2, s.176

<sup>29</sup> Fredriksen og Mathisen, 2022, s.184, Hertzberg, 2017, s.6 og Hertzberg og Bekkedal, 2018, s.213

<sup>30</sup> Fredriksen og Mathisen, 2022, s.269

<sup>31</sup> For en fremstilling av byråers ulike kompetanse se Craig, 2019, s.163-167

<sup>32</sup> De tre sentrale avgjørelsene er C-9/56 Meroni, C-98/80 Romano og C-270/12 ESMA, for en gjennomgang se Craig, 2019, s.168-172

Den første av disse var *Meroni* saken der det ble satt visse begrensinger for «the High Authority» (Kommissjonens) mulighet for å delegerer myndighet til to belgiske byråer.<sup>33</sup> Domstolen kom frem til at delegering kunne skje, men at det bare var aktuelt der det var snakk om klart definert kompetanse som var underlagt samme rettslige kontroll som Kommisjonen selv og at delegering av myndighet som innebar vide skjønnsmessige vurderinger ikke skulle forekomme.<sup>34</sup>

*Romano* saken gjaldt delegasjon av lovgivningsmyndighet fra Rådet til en EU-institusjon (the Administrative Commission).<sup>35</sup> Domstolen kom til at slik delegering av lovgivningsmyndighet var strid med traktaten og viste til 155 EEC (nå erstattet av artikkel 290 og 291 TEUV) som gir en viss lovgivningsmyndighet til *Kommisjonen* og artikkel 173 og 177 EEC (nå 263 og 267 TEUV) da the Administrative Commission ikke var en slik institusjon som kunne prøves rettslig etter bestemmelsene.<sup>36</sup> Chamon trekker frem at *Romano* skilte seg fra *Meroni* på noen punkter; blant annet at det i *Meroni* var snakk om delegering fra Kommisjonen til to private institusjoner, mens *Romano* gjaldt lovgivningsmyndighet delegert fra Rådet til en EU-institusjon.<sup>37</sup> I tillegg var *Meroni* avgjørelsen gitt under det europeiske kull- og stålfellesskap (ECSC).<sup>38</sup> Chamon mener at disse forholdene gjør *Romano* mer relevant for diskusjonen rundt EU-byråer.<sup>39</sup> Forholdet mellom de to avgjørelsene er blitt mye debattert. Jeg går imidlertid ikke nærmere inn på dette, men viser til Chamon sin fremstilling.<sup>40</sup>

Den siste avgjørelsen i denne triologien er *ESMA* saken der finanstilsynsbyrået ESMA hadde fått tildelt myndighet til å under visse vilkår reagere på og eventuelt forby shortselling.<sup>41</sup> Storbritannia mente at *Meroni* avgjørelsen gjorde en slik vid generell og skjønnsmessig myndighetstildeling ulovlig.<sup>42</sup> EU-domstolen argumenterte for at saken skilte seg fra *Meroni*, da det der var snakk om institusjoner under privatrett mens ESMA var et byrå etablert på bakgrunn av EU-rett.<sup>43</sup> I tillegg var myndighetstildelingen gitt under en rekke vilkår slik at

---

<sup>33</sup> Hertzberg, 2017, s.7-8

<sup>34</sup> Se C-9/56 *Meroni*, s.152, Hertzberg, 2017, s.7-8 og Craig, 2019, s.168

<sup>35</sup> Se C-98/80 *Romano*, se også Craig, 2019, s.169-170 og Chamon, 2011, s.1061

<sup>36</sup> Se C-98/80 *Romano* avsnitt 20, Craig, 2019, s.170 og Chamon, 2011, s.1061-1062

<sup>37</sup> Se Chamon, 2011, s.1060-1061

<sup>38</sup> Chamon, 2011, s.1060

<sup>39</sup> Chamon, 2011, s.1060

<sup>40</sup> Chamon, 2011, s.1055-1075

<sup>41</sup> Se C-270/12 *ESMA*, se også Hertzberg, 2017, s.8 og Craig, 2019, s.170

<sup>42</sup> C-270/12 *ESMA* avsnitt 28 og Hertzberg, 2017, s.8

<sup>43</sup> C-270/12 *ESMA* avsnitt 43 og Craig, 2019, s.170-171

myndigheten var begrenset.<sup>44</sup> Videre mente Storbritannia at myndighetstildelingen var i strid med *Romano* ettersom denne forbød delegering av slik generell quasi-lovgivende myndighet.<sup>45</sup> EU-domstolen kom til at det ikke forelå et brudd med *Romano* ettersom byråene etter TEUV artikkel 263 (1) og artikkel 277 har adgang til å gi slike generelle rettsakter.<sup>46</sup> Storbritannia argumenterte til sist for at artikkel 290 og artikkel 291 TEUV, som regulerte tilfellene der lovgivende myndighet kunne delegeres til Kommisjonen, sto i veien for at slik myndighet kunne delegeres direkte til et EU-byrå.<sup>47</sup> EU-domstolen argumenterte med at selv om det ikke fantes en eksplisitt bestemmelse som tillot en slik myndighetsoverføring, så var det bestemmelser i traktaten som antydte en slik adgang og byråene var underlagt rettslig prøving.<sup>48</sup> I tillegg måtte delegeringen ses i sammenheng med formålet bak opprettelsen av byrådet, nemlig sikringen av et stabilt finansmarked.<sup>49</sup> Situasjonen kunne dermed ikke sammenliknes med situasjonene i TEUV artikkel 290 og 291 og disse bestemmelsene ville derfor heller ikke undergraves av delegeringen.<sup>50</sup>

Sakene er mye diskutert og kanskje med rette da de tidvis virker motstridende. Det kan se ut til at EU-domstolen i *ESMA* saken har gått litt tilbake fra de strenge linjene for delegering som ble skissert i *Meroni* og *Romano*.<sup>51</sup> Dette skyldes nok at behovet for EU-byråer har vokst og med det behovet for å delegerer myndighet. Det kan også forklare hvorfor mange av de nye byråene er gitt vidtrekkende myndighet. Alle avgjørelsene er imidlertid fremdeles gjeldende, og EU-byråers myndighet må ligge innenfor de rammene som er angitt sakene.

Avgjørelsene sier også noe om maktbalansen mellom EU-institusjonene<sup>52</sup> og maktforholdet mellom EU retten og de nasjonale rettssystemene til medlemsstatene. Dette har både en rettslig og en politisk side og er fremdeles gjenstand for debatt. EU-byråenes stadig sterkere posisjon i EU fører til en forskyvning av maktbalansen til fordel for disse selvstendige forvaltningsorganene, både når det gjelder utarbeidelse av lovverk, regulering og avgjørelsesmyndighet i større eller mindre grad. I ytterste konsekvens kan det bli et demokratisk problem dersom prosessene blir mindre tilgjengelige og politiske betraktninger får

---

<sup>44</sup> C-270/12 ESMA avsnitt 53, se også Craig, 2019, s.170-171 og Hertzberg, 2017, s.8

<sup>45</sup> C-270/12 ESMA avsnitt 56 og Craig, 2019, s.171

<sup>46</sup> C-270/12 ESMA avsnitt 65 se Craig, 2019, s.171 og Scholten og van Rijsbergen, 2014, s.395-396

<sup>47</sup> C-270/12 ESMA avsnitt 69 og Craig, 2019, s.171

<sup>48</sup> C-270/12 ESMA avsnitt 77-81 og Craig, 2019, s.171

<sup>49</sup> C-270/12 ESMA se avsnitt 81-86 og Craig, 2019, s.171-172

<sup>50</sup> C-270/12 ESMA avsnitt 81-86 og Craig, 2019, s.171-172

<sup>51</sup> Se Scholten og Rijsbergen, 2014, s.401

<sup>52</sup> Se blant annet Craig, 2019, s.172

mindre plass. Videre kan, som vi skal komme tilbake til, detaljert regelverksutvikling i store mengder kombinert med manglende påvirkning medføre sviktende rettsikkerhet dersom regelverket vanskelig lar seg innpasse i intern rett. Kanskje er det imidlertid, som Chamon antyder, viktigheten av å sørge for et system som i tilstrekkelig grad opprettholder rettsbeskyttelsen og rettslig prøving som er det sentrale og ikke nødvendigvis forskyvningen av maktbalansen.<sup>53</sup>

## 2.2 Særlig om EUs finanstilsynsbyråer

Som nevnt innledningsvis er EUs finanstilsynsbyråer spesielt interessante å se på da disse er gitt særlig vide myndigheter gjennom sine opprettelsesforordninger. Vi skal i det videre se noe nærmere på bakgrunnen for opprettelsen av disse byråene før vi går nærmere inn på noe av den myndighet de er tildelt. Det vil i det følgende bli henvist til «opprettelsesforordningene» samlet da de har mer eller mindre sammenfallende innhold. Dette gjelder dersom det ikke er behov for annen presisering.<sup>54</sup> Det samme gjelder for litteratur som omhandler ett av byråene.

Det fremgår av opprettelsesforordningenes fortaler første avsnitt at finanskrisen avdekket «store mangler ved tilsynet med finansinstitusjoner og -markeder, både i enkelttilfeller og når det gjelder finanssystemet som helhet». Med en økende grad av internasjonale og grenseoverskridende transaksjoner og virksomheter var det ikke lengre tilstrekkelig å lene seg på et system som kun baserte seg på et samarbeid mellom nasjonale myndigheter jf. fortalenes avsnitt 33. De tre finanstilsynsbyråene ble da opprettet etter anbefaling fra de Larosièrereportene<sup>55</sup>, og har som mål å «bidra til finanssystemets stabilitet og effektivitet» jf. opprettelsesforordningene artikkel 1 (5). For å oppfylle dette formålet har byråene gjennom opprettelsesforordningene blitt tildelt myndighet til å treffe rettslig bindende vedtak, påvirke utviklingen av rettslig-bindende regler og til å utarbeide retningslinjer og anbefalinger. Sammen med byråenes uavhengighet gir dette finanstilsynsbyråene en særlig sterk posisjon

---

<sup>53</sup> Chamon, 2011, s.1060

<sup>54</sup> Opprettelsesforordningene til EUs finanstilsynsbyråer er som følger: forordning 1093/2010/EU endret ved forordning 1022/2013/EU (EBA), forordning 1094/2010/EU (EIOPA) og forordning 1095/2010/EU (ESMA). Opprettelsesforordningen til EBA er endret ved forordning 1022/2013/EU, da endringene til bestemmelsene som anvendes i denne oppgaven bare består i mindre endringer av teknisk karakter vil jeg fortsette å referere til opprettelsesforordningene. Viser også til EØS-komiteens beslutning nr.199/2016, beslutning nr.200/2016 og beslutning nr.201/2016 om Norges tilslutning til EUs finanstilsynsbyråer med EØS-tilpasninger. Jeg forholder meg til opprettelsesforordningene så sant det ikke er grunnlag for annet.

<sup>55</sup> Opprettelsesforordningenes fortale avsnitt 3

sammenliknet med andre EU-byråer.<sup>56</sup> Anvendelse av den myndighet som er gitt byråene i opprettellesforordningene må imidlertid ligge innenfor rammene og rettsaktene som fremgår av artikkel 1 (2).<sup>57</sup>

Vi skal videre se nærmere på hvordan noe av den myndighet som byråene er gitt igjennom opprettellesforordningene gir vide myndigheter til å utvikle rettsakter og hvordan dette er med på å danne ulike kanaler for regelverksutvikling i EU. Fremstillingen av myndigheten til EUs finanstilsynsbyråer viser hvorfor Norge nå står ovenfor store mengder rettsakter, i særlig grad forordninger, på finansmarkedsområdet. Hvordan Norge håndterer denne mengden rettsakter fra EU, særlig i form av forordninger, og hvilke utfordringer dette skaper skal vi komme tilbake til i del 3.

### **2.2.1 Myndighet til å komme med rettslig bindende vedtak**

EUs finanstilsynsbyråer er gjennom opprettellesforordningene gitt myndighet til på visse vilkår å treffe rettslig bindende tiltak mot myndigheter eller private aktører.

For det første gir opprettellesforordningene artikkel 17 byråene myndighet til å fatte rettslig bindende beslutninger dersom det foreligger overtredelse av unionsretten, se artikkel 17 (1). Rettslig bindende vedtak mot markedsaktører, jf. artikkel 17 (6), kan imidlertid først vedtas etter at visse vilkår er oppfylt. For det første må det foretas en granskning av det påståtte bruddet jf. artikkel 17 (2), deretter må byråets anbefaling til myndigheten om eventuelle tiltak som vil overholde unionsretten ikke oppfylles jf. artikkel 17 (3) og videre må Kommisjonens formelle uttalelse til myndigheten om å oppfylle unionsretten ikke møtes jf. artikkel 17 (4).

For det andre kan finanstilsynsbyråene med hjemmel i opprettellesforordningene treffe rettslig bindende beslutninger etter artikkel 18 ved krisesituasjoner. Det er Rådet som bestemmer om det foreligger en slik krisesituasjon, jf. artikkel 18 (2), og dersom det fastslås at det foreligger en slik situasjon kan finanstilsynsbyråene gis myndighet til å treffe rettslig bindende vedtak mot en myndighet jf. artikkel 18 (3). Skulle en slik bindende beslutning fra byrået ikke oppfylles, kan det rettes vedtak direkte mot finansinstitusjoner jf. artikkel 18 (4).

---

<sup>56</sup> Se Busuioc, 2013, s.111-113 og Hertzberg, 2017, s.14 og opprettellesforordningenes fortale avsnitt 14

<sup>57</sup> Se opprettellesforordningene artikkel 9(5), 10(1) 15(1), 17(1) og (6), 18(3) og (4), 19(1) og (4) og 8(1)(a) og (b). Se også endringer i artikkel 16(1) i endringsforordning 2019/2175, s.23-24, 56 og 88 samt blant annet endringsforordningens fortale avsnitt 5. Se også sak C-911/19 avsnitt 83 og Bekkedal og Hertzberg, 2018, s.145

Et tiltak under artikkel 18 kan være å midlertidig forby visse aktiviteter, men slike tiltak kan også treffes dersom en slik myndighet følger av andre rettsakter se artikkel 9 (5) første alternativ jf. artikkel 1 (2).<sup>58</sup> Det var en slik myndighet til å midlertidig forby eller sette vilkår for shortselling som var aktuelt i den omtalte ESMA saken.<sup>59</sup> Slike midlertidige forbud kan ha generell anvendelse og påvirke både juridiske og fysiske personer.<sup>60</sup> Artikkel 9 (5) første avsnitt første alternativ skiller seg fra vedtaksmyndigheten i artikkel 17-19 på den måten at den er generell og minner mer om en forskriftskompetanse som ikke har fokus på håndhevelse på samme måte som artikkel 17-19.<sup>61</sup>

Til sist kan finanstilsynsbyråene etter opprettellesforordningene artikkel 19 treffe rettslig bindende avgjørelser der det foreligger tvister mellom myndigheter i grensekryssende situasjoner. Finanstilsynsbyråene kan fungere som mekler ved slike konfliktsituasjoner jf. artikkel 19(1 og 2). Skulle meklingen ikke føre frem kan byrået etter artikkel 19 (3) treffe en beslutning med rettslig bindende virkning mot de berørte myndighetene. Skulle ikke en slik beslutning følges opp vil byrået ha mulighet til å treffe rettslig bindende vedtak direkte mot finansinstitusjoner jf. artikkel 19 (4).

ESMA har i tillegg en særlig stilling når det kommer til nasjonale kredittvurderingsbyråer og transaksjonsregistre. Her har ESMA direkte tilsynsmyndighet og har fått beslutningsmyndighet på noen områder i den forbindelse.<sup>62</sup> Et slikt tilsyn er i utgangspunktet underlagt nasjonale tilsynsmyndigheter, dette er således et unntak.<sup>63</sup>

Grensen mellom slike bindende vedtak som en del av tilsynspraksisen til finanstilsynsbyråene og rettslig-bindende regler kan imidlertid være flytende.<sup>64</sup> Moloney påpeker det tette forholdet mellom regler som skisserer mål og behovet for et forvaltningsapparat som gjennom tiltak kan sikre at reglens tiltenkte mål oppnås.<sup>65</sup> Jo mer detaljert regelverket blir og jo større generell anvendelse de rettslig bindende tiltakene får, desto vanskeligere blir det kanskje å se den reelle forskjellen.<sup>66</sup> Et eksempel på et vedtak som kan ligne på en regel er det nevnte

---

<sup>58</sup> Hertzberg, 2017, s.13 og Moloney, 2011, s.203-204

<sup>59</sup> C-270/12 ESMA, forordning nr.236/2012/EU artikkel 28, Bekkedal og Hertzberg, 2018, s.145-146 og Hertzberg, 2017, s.8 og s.13

<sup>60</sup> C-270/12 ESMA avsnitt 64 og Hertzberg, 2017, s.13

<sup>61</sup> Bekkedal og Hertzberg, 2018, s.146

<sup>62</sup> Hertzberg, 2017, s.13 med videre henvisning

<sup>63</sup> Hertzberg, 2017, s.13 med videre henvisning

<sup>64</sup> Moloney, 2011, s.50-51 og Moloney, 2011, s.179

<sup>65</sup> Moloney, 2011, s.50

<sup>66</sup> Se også Moloney, 2011, s.179



shortselling forbudet vedtatt av ESMA.<sup>67</sup> Dette var et generelt forbud som ikke rettet seg mot en spesifikk myndighet eller privat aktør, og grensen til et forbud i form av en regel er tynn.

Selv om grensene mellom lovgivning og rettslig bindende vedtak kan være flytende så finnes det likevel noen grunnleggende ulikheter. Rettslig bindende vedtak kan fattes mot enkelte subjekter og prosessen er hurtigere enn ved regeldannelse. Myndigheten til å treffe vedtak forutsetter imidlertid som vi har sett at det foreligger spesifikke situasjoner angitt i opprettellesforordningene. Dette er nok en årsak til at det ser ut til at denne myndigheten sjeldent blir brukt.<sup>68</sup> Dermed kan det hende at byråene i visse situasjoner anser det som enklere i enkelte tilfeller å heller forberede utkast til generelt gjeldende regelverk etter artikkel 10-15 i opprettellesforordningene, se del 2.2.2 nedenfor. Dette selv om regeldannelse også er en lengre tidsmessig prosess. Det er likevel viktig å være oppmerksom på at selve myndigheten til å vedta regelverk i denne sammenhengen ligger hos Kommisjonen og ikke finanstilsynsbyråene, men som vi skal se er det byråene som reelt sitter med mye av makten til å komme med spesialisert regelverk.

For denne masteroppgaven er diskusjonen imidlertid særlig interessant når dette overføres til EØS-pilaren som vi skal se senere i del 3. For som vi skal se vil regelverket som byråene initierer stort sett komme i form av forordninger. Slike forordninger har direkte virkning i EUs medlemsstater, dette er imidlertid ikke tilfellet i Norge. Her må forordningene gjennomføres i regelverket etter EØS-avtalen artikkel 7a. Dette er en mer ressurskrevende og langtekkelig prosess som gjør det vanskelig for Norge å være a jour med EU. Dersom EU-byråene skulle bli mer tilbøyelige til å benytte seg av muligheten til å initiere nytt regelverk slik at det produseres mer rettslig-bindende regler vil det kunne skape en utfordrende situasjon for myndighetene i Norge. Om dette skulle føre til at Norge ikke klarer å etterleve sine forpliktelser, kan dette gå på akkord med det nye finanstilsynssystemet som de Larosièrereporteren tok til orde for og som skulle sikre et stabilt finansmarked.<sup>69</sup>

## **2.2.2 Myndighet til å utarbeide utkast til rettslig bindende regelverk**

Finanstilsynsbyråene har ingen myndighet til selv å vedta juridisk bindende regelverk. De har imidlertid som vi skal se en quasi-lovgivende myndighet som innebærer en reelt sett stor

---

<sup>67</sup> Se C-270/12 ESMA og forordning nr.236/2012/EU artikkel 28

<sup>68</sup> Bekkedal og Hertzberg, 2018, s.137 og 150, Barlund, 2020, s.263 og Vermnes, 2016.

<sup>69</sup> Se opprettellesforordningenes fortaler særlig avsnitt 3

påvirkning på sekundærretten til EU og som genererer store mengder regelverk. Regelverk som vi senere skal se skaper en del utfordringer for norske styresmakter.

For å lettere forstå hvordan EU-byråene kan påvirke lovgivningen i EU vil jeg i det følgende kort og overordnet se på hvordan lovgivningsprosessen i EU foregår. Jeg begrenser gjennomgangen til å omfatte den alminnelige lovgivningsprosedyren, rettsakter vedtatt av Rådet og EU-parlamentet (nivå-1 rettsakter) og rettsakter vedtatt av Kommisjonen (nivå-2 rettsakter).<sup>70</sup> Denne inndelingen tilsvarer grovt sett inndelingen etter lov og forskrift her i Norge og ligger således på ulike «nivåer».<sup>71</sup>

Nivå-1 regelverk vedtas av Rådet og Parlamentet, men lovforslagene blir initiert av Kommisjonen jf. TEUV art 294 (2) dersom ikke annet fremgår av traktaten jf. TEU art 17 (2). Kommisjonen har i denne forbindelse makten til å bestemme om et lovforslag skal gis i form av et direktiv eller en forordning.<sup>72</sup> Som nevnt i innledningen er det på nivå-1 skjedd en dreining mot bruk av forordninger de siste årene. Dette kan nok i stor grad skyldes at store deler av regelverkene Kommisjonen fremmer for Rådet og Parlamentet er påvirket av byråene indirekte. Regler, kanskje særlig de som er påvirket av byråene, vil ofte være så tekniske og detaljerte at det vil være uhensiktsmessig å utforme dem som direktiver, se del 3.3.1.

Nivå-2 regelverk er utfyllende rettsakter som Kommisjonen har fått delegert myndighet til å vedta. Vi skiller gjerne mellom delegerte rettsakter jf. TEUV artikkel 290 og gjennomføringsrettsakter jf. TEUV artikkel 291.<sup>73</sup> Det er Rådet og Parlamentet som bestemmer om det skal gis myndighet til å utarbeide delegerte rettsakter eller gjennomføringsrettsakter.<sup>74</sup> Medlemslandene foretrekker gjerne gjennomføringsrettsakter da de har direkte kontroll med Kommisjonen, mens Parlamentet på sin side har mer innflytelse på delegerte rettsakter og foretrekker det.<sup>75</sup> Produksjonen av nivå-2 rettsakter er massiv og utgjør hele 80-90% (mellom 2015 og 2019) av det samlede EU-regelverket, noe som betyr 1600-1800 rettsakter årlig.<sup>76</sup>

---

<sup>70</sup> Interdepartemental arbeidsgruppe, 2021, s.20

<sup>71</sup> NOU 2012:2, s.106-107

<sup>72</sup> Interdepartemental arbeidsgruppe, 2021, s.32

<sup>73</sup> Interdepartemental arbeidsgruppe, 2021, s.22 og Fredriksen og Mathisen, 2022, s.181

<sup>74</sup> Utenriksdepartementet, 2016, s.139

<sup>75</sup> Utenriksdepartementet, 2016, s.139

<sup>76</sup> Fredriksen og Mathisen, 2022, s.45 og Utenriksdepartementet, 2016, s.137 det ser ut til at tallmaterialet fra kildene samsvarer

Som vi skal se er finanstilsynsbyråene gjennom opprettellesforordningene artikkel 10-15 gitt mulighet til å påvirke vedtakelsen av nivå-2 regelverk ved å utarbeide utkast til regelverk.

Gjennom artikkel 10 gis finanstilsynsbyråene myndighet til å utarbeide tekniske reguleringsstandarder. Slike utkast til nye rettsakter skal være «tekniske og ikke innebære strategiske beslutninger eller politiske valg» jf. artikkel 10 (1) andre avsnitt. Kommisjonen må godkjenne dette utkastet for at rettsakten skal vedtas og bli rettslig bindende jf. artikkel 10 (1) første og femte avsnitt. Kommisjonen står følgelig fritt til å nekte slik godkjenning, men dette må begrunnes jf. artikkel 10 (1) sjette avsnitt og artikkel 14 (1). Det er altså fremdeles Kommisjonen som vedtar rettsaktene etter art 290 TEUV jf. artikkel 10 (1) første avsnitt, men i realiteten er nok dette et mer formelt poeng. Kommisjonen må grunngi eventuelle endringer eller nektelse av godkjennelser og det skal etter fortalen mye til for at slike endringer skal kunne rettferdiggjøres; «De bør endres bare under svært begrensede og ekstraordinære omstendigheter ettersom Myndigheten er den aktøren som er i nær kontakt med og som best kjenner finansmarkedenes daglige virkeområde» jf. fortalen 23 avsnitt. Det er EU-byråene som sitter på ekspertisen på området. Det var nettopp derfor byråene i sin tid ble etablert. I tillegg er det kun byråene som har initiativrett til å utvikle slike reguleringsstandarder jf. artikkel 10 (3). Kommisjonens mulighet for selv å utvikle regelverk uten et slikt utkast er svært begrenset og kan bare skje dersom byrået ikke utvikler et utkast innen en gitt frist jf. artikkel 10 (3).<sup>77</sup> Rådet og Parlamentet kan videre komme med innsigelser mot slike tekniske reguleringsstandarder innen visse angitte jf. artikkel 13 og kan også tilbakekalle den delegerte myndigheten som er gitt i artikkel 10 jf. artikkel 12.

Artikkel 15 gir byråene myndighet til å utarbeide tekniske gjennomføringsstandarder. I likhet med tekniske reguleringsstandarder er det kun snakk om myndighet til å utvikle utkast. Myndigheten til eventuell vedtakelse av gjennomføringsrettsakten ligger hos Kommisjonen jf. artikkel 15 (1) første avsnitt. Også her må eventuelle endringer eller avvisning av utkastet begrunnes jf. artikkel 15 (1) femte avsnitt. Som nevnt i forrige avsnitt ble det lagt en høy terskel i fortalen for når utkast til tekniske reguleringsstandarder kunne avvises eller endres, men det finnes ikke tilsvarende uttalelser i fortalen vedrørende utkast til gjennomføringsstandarder.<sup>78</sup> Dette kan tyde på at Kommisjonen står litt friere til å vurdere om det skal foreslås endringer eller om utkastet skal underkjennes. Dette må imidlertid som nevnt

---

<sup>77</sup> Se Busuioc, 2013, s.115

<sup>78</sup> Se Busuioc, 2013, s.116

begrunnes, og i likhet med tekniske reguleringsstandarder kan ikke Kommisjonen foreta endringer uten å samordne seg med det aktuelle finanstilsynsbyrå jf. artikkel 15 (1) siste avsnitt og (3) siste avsnitt (artikkel 10 (1) siste avsnitt og (3) siste avsnitt for tekniske reguleringsstandarder). Rådet og Parlamentet har ikke tilsvarende mulighet til å fremme innsigelser mot slike tekniske gjennomføringsstandarder som de har ved tekniske reguleringsstandarder. Dette henger nok sammen med Parlamentets begrensede innflytelse på gjennomføringsrettsakter.<sup>79</sup>

Det fremgår av artikkel 10 og 15 begges fjerde ledd at utkastene skal utarbeides i form av forordninger eller avgjørelser. Dette er også naturlig med tanke på at det er snakk om reguleringer på et detaljert og teknisk nivå som det ville være uhensiktsmessig å utforme som direktiver. I tillegg får forordningene direkte virkning noe som sikrer en rask og identisk gjennomføring av reglene i medlemsstatene.

EU-byråene har etter dette en vid mulighet til å påvirke nivå-2 regelverk på finanstilsynsområdet. Det er vanskelig å finne statistikk på hvor mye av sekundærlovgivningen på finanstilsynsområdet som EUs finanstilsynsbyråer har vært med på å utvikle. Det er imidlertid en del momenter som tyder på at det er snakk om en vesentlig andel. Blant annet kan denne antagelsen styrkes av at det er snakk om ekspertorganer som nettopp er etablert på grunn av manglende ekspertise i Kommisjonen. I tillegg har byråene, som Moloney påpeker, sterke insitamenter for å utarbeide slike utkast blant annet fordi Kommisjonen kan vedta regler uten hjelp fra byråene dersom disse ikke fremlegger utkast selv jf. opprettelsesforordningene artikkel 10 (3) og 15 (3).<sup>80</sup> Videre kan byråene for å unngå direkte «konfrontasjon» med enkelte stater og aktører ved å pålegge de tiltak etter artikkel 17-19 og 9 (5), foretrekke utarbeidelse av generelle utkast til regelverk.<sup>81</sup> Det faktum at det er byråene som har initiativretten og at det skal mye til for at et utkast utarbeidet av ekspertorganene skal underkjennes av Kommisjonen gjør at byråene sitter med mye av den reelle makten til å utvikle regelverk på området. Begrensningene på Kommisjonens myndighet er noe Kommisjonen har uttalt misnøye med og som de til og med har stilt spørsmål ved om er lovlig etter TEUV artikkel 290 og 291.<sup>82</sup> Det er vanskelig å si noe om de interne institusjonelle forholdene kan påvirke finanstilsynsbyråenes forberedende

---

<sup>79</sup> Utenriksdepartementet, 2016, s.139

<sup>80</sup> Moloney, 2011, s.67-68

<sup>81</sup> Moloney, 2011, s.79

<sup>82</sup> Busuioc, 2013 s.117

regelverksarbeid den ene eller den andre veien, men det er likevel verdt å nevne da det kan være et moment som påvirker byråenes benyttelse av myndigheten gitt i artikkel 10-15.<sup>83</sup> Samlet er det trygt å anta at finanstilsynsbyråene står for en vesentlig andel av utviklingen av sekundærlovgivningen på finanstilsynsområdet hva gjelder nivå-2 regelverk.

EU-byråene er ikke gitt en tilsvarende påvirkningsmulighet hva gjelder nivå-1 regelverk. Den spesielle ekspertisen finanstilsynsbyråene og andre EU-byråder sitter med vil nok imidlertid også påvirke utformingen av regelverk på et slikt høyere nivå. Dette særlig gjennom byråenes informasjonsinnhenting og vurderingsmyndighet, men også ved utvikling av retningslinjer og anbefalinger og ved utøvelse av myndigheten til å fatte rettslig bindende avgjørelser.<sup>84</sup>

Byråene kan videre på anmodning eller av eget tiltak avgi uttalelser til Parlamentet, Kommissjonen eller Rådet om det som faller under byråenes ansvarsområder, se opprettelsesforordningene artikkel 34 (1). Dette vil også etter omstendighetene kunne påvirke regelverk som vedtas av Rådet og Parlamentet.<sup>85</sup> Migliorati fant gjennom empiriske undersøkelser at byråene påvirker utviklingen av nivå-1 regelverk.<sup>86</sup> Blant annet fant hun ut at lovgiver i stor grad lener seg på EU-byråene når det skal utvikles regelverk på mer kompliserte områder.<sup>87</sup> Finanstilsynsbyråene har dermed også en påvirkning på nivå-1 regelverk og kan i enda større grad innvirke på sekundærlovgivningen i EU. Antageligvis vil byråinspirert nivå-1 regelverk også komme i form av forordninger med tanke på byråenes posisjon som ekspertorganer. Denne antagelsen styrkes av statistikk fra rapporten «Departementenes EØS-arbeid» der det fremgår at de fleste rettsakter på nivå-1 etter 2010 (like etter opprettelsen av finanstilsynsbyråene) er forordninger.<sup>88</sup> Vi kan dermed regne med at de fleste nivå-1 forordninger på dette området har hentet inspirasjon fra byråenes ekspertise.

Legger vi sammen byråenes direkte myndighet til å påvirke regelverk på nivå-2 gjennom opprettelsesforordningene og deres indirekte påvirkning på nivå-1 regelverk ser vi at byråene synes å ha generelt stor påvirkning på sekundærlovgivningen. Dette fører etter hvert til store

---

<sup>83</sup> Viser for øvrig til Busuioc, 2013, s.122-125

<sup>84</sup> Moloney, 2011, s.64-65

<sup>85</sup> Se i den retning Moloney, 2011, s.65 der hun gir uttrykk for at ESMA nok vil bruke denne muligheten mye, det samme kan nok sies om de øvrige byråene

<sup>86</sup> Se Migliorati, 2020, s.159-180

<sup>87</sup> Migliorati, 2020, s.161-162, s.173 og s.175

<sup>88</sup> Interdepartemental arbeidsgruppe, 2021, s.33-34

mengder forordninger som skaper utfordringer ved Norges håndtering av EU-regelverket. Dette kommer vi tilbake til i del 3.

### **2.2.3 Myndighet til å utarbeide anbefalinger og retningslinjer**

Til sist har finanstilsynsbyråene gjennom opprettelsesforordningene artikkel 16 myndighet til å utvikle ikke-bindende rettsakter slik som retningslinjer og anbefalinger rettet mot medlemsstatenes myndigheter og finansinstitusjoner. Målet med slike retningslinjer og anbefalinger er å «opprette en ensartet, formålstjenlig og effektiv tilsynspraksis i ESFS og sikre en felles, ensartet og sammenhengende anvendelse av unionsretten» jf. artikkel 16 (1). Retningslinjene og anbefalingene har med andre ord en viktig funksjon for å sikre et stabilt finansmarked ved å hjelpe statene med å tolke reglene riktig.<sup>89</sup> Det rapporteres om at byråene benytter seg av myndigheten i stor grad og svært mange slike ikke-bindende reguleringer blir produsert hvert år.<sup>90</sup> Samlet utgjør nok retningslinjer og anbefalinger fra de tre byråene en betydelig andel av EUs finansregulering.<sup>91</sup>

Ordlyden «retningslinjer og anbefalinger» legger til grunn en forventning om at det foreligger en frivillighet til å enten ta disse retningslinjene og anbefalingene til betraktning eller ikke. Det ligger riktig nok i uttrykkene at noe foretrekkes fremfor noe annet, men likevel slik at mottakeren sitter igjen med et valg. Dersom slike retningslinjer og anbefalinger skulle tillegges et moment av tvang ville vi, etter en vanlig språklig forståelse, nærmet oss definisjonen for bindende regler. En del av de mekanismene rundt utarbeidelse av ikke-bindende regelverk etter artikkel 16 gjør at man likevel kan stille spørsmål ved hvor reell frivilligheten er.

For det første sier artikkelens tredje ledd at «Vedkommende myndigheter og finansinstitusjonene skal gjøre sitt ytterste for å følge disse retningslinjene og anbefalingene» jf. artikkel 16 (3). Disse i utgangspunktet ikke-bindende reglene legger med andre ord ikke opp til at mottaker skal gjøre en selvstendig vurdering, tvert om foreligger det er en forventning om at retningslinjene og anbefalingene følges.

---

<sup>89</sup> Se Weismann, 2016, s.147

<sup>90</sup> Se blant annet van Rijsbergen, 2014, s.120 og Schemmel, 2016, s.457

<sup>91</sup> Se i den retning Schemmel, 2016, s.457. Uttalelsen stammer fra 2016, men jeg har ikke funnet nyere informasjon som indikerer noe annet.

Videre må de myndighetene som ikke har til hensikt å følge disse retningslinjene og anbefalingene underrette byrået og begrunne dette jf. artikkel 16 (3) andre avsnitt. Også finansinstitusjonene må rapportere etterfølgelse om anbefalingen eller retningslinjen krever det jf artikkel 16 (3) siste avsnitt. Weismann påpeker i den forbindelse det litt paradoksale i at manglende oppfølging av en ikke-rettslig bindende anbefaling utløser en slik *rettslig* plikt.<sup>92</sup>

Byråene vil også offentliggjøre hvilke myndigheter som ikke følger reguleringene og begrunnelsen for dette kan også etter en nærmere vurdering offentliggjøres jf. artikkel 16 (3) tredje avsnitt. Den negative oppmerksomheten en slik offentliggjøring medfører vil fungere som en slags politisk sanksjoneringsmekanisme.<sup>93</sup> Det finansielle ryktet til enkeltstater og private aktører er essensielt for et velfungerende finansmarked og negativ omtale vil kunne få alvorlige konsekvenser.<sup>94</sup> Den offentlige «gapestokken» er dermed også med på å svekke karakteren av den frivilligheten som etter ordlyden skal ligge til grunn. Denne «frivillige tvangen» beskrives av mange forfattere som en «hardening» av ikke-bindende rettsakter.<sup>95</sup>

Etter artikkel 16 (4) skal Parlamentet, Rådet og Kommisjonen informeres om hvilke anbefalinger og retningslinjer som er gitt, hvilke myndigheter som ikke har etterfulgt dem og hvordan byrået skal «sikre» at myndigheten følger slike anbefalinger og retningslinjer i fremtiden. Man kan stille spørsmål ved hva som menes med å «sikre» at myndigheter i fremtiden vil følge retningslinjer og anbefalinger siden man nettopp ikke kan «tvinge» noen til å følge ikke-bindende regler. Det er usikkert hva som ligger i denne bestemmelsen og van Rijsbergen påpeker i en artikkel fra 2014 at vi enda ikke vet på hvilken måte det er ment at slik etterfølgelse skal sikres.<sup>96</sup> At man enda ikke vet konsekvensene understreker imidlertid at det foreligger et sterkt press på etterfølgelse av disse ikke-bindende rettsaktene. Det kan imidlertid virke som at bestemmelsen viser til byråenes myndighet til å fatte rettslig bindende vedtak og myndigheten til å utarbeide utkast til rettslig bindende regelverk, som er gjennomgått ovenfor, da det ikke finnes noen annen måte for byråene å «sikre» etterfølgelse

---

<sup>92</sup> Weismann, 2016, s.147

<sup>93</sup> Busuioc, 2013, s.118

<sup>94</sup> Busuioc, 2013, s.118-119

<sup>95</sup> Se i den retning Andenas og Deipenbrock, 2016, s.23 og s.149, Moloney, 2011, s.65-66, Busuioc, 2013, s.118-119, Schemmel, 2016, s.465, s.473-474 og s.503 og Weismann, 2016, s.147-148

<sup>96</sup> van Rijsbergen, 2014, s.124. Jeg har ikke funnet senere litteratur som kunne bidratt til oppklaring av hva som ligger i bestemmelsen

på. Weismann påpeker nettopp det at retningslinjene og anbefalingene blir gitt med det bakteppe at byråene kan fatte rettslig bindende vedtak etter artikkel 17.<sup>97</sup> De ikke-bindende reguleringene får dermed et rettslig preg.

Samlet ser vi at retningslinjer og anbefalinger, til tross for sin ikke-bindende karakter, innehar en ikke ubetydelig påvirkning på enkeltstaters rettssystem. Ikke bare innehar disse byråene en ekspertise som det er vanskelig å ignorere, men flere elementer ved artikkel 16 gjør at retningslinjene og anbefalingene reelt sett fremstår som bindende. Da er det nok lett å tenke at veien til rettslig bindende regelverk ikke er lang.

Som nevnt innledningsvis benytter byråene seg i stor grad av myndigheten til å utvikle ikke-bindende regelverk. At rettslig bindende regelverk «erstatte» retningslinjer og anbefalinger er dermed lite trolig. Det er nok heller slik at produksjonen er høy på begge områder. Når retningslinjene og anbefalingene har en slik bindende effekt, er nok heller ikke behovet for regelverk like stort og i tillegg er prosessen enklere. Kanskje er det, som nevnt, mer aktuelt å utarbeide rettslig bindende regler der retningslinjene og anbefalingene ikke følges jf. artikkel 16 (4). Når de lovgivende EU-institusjonene eller Kommisjonen i tillegg skal informeres om slikt ikke-bindende reglement vil nok dette utgjøre en påvirkning som kan føre til at rettslig bindende regelverk utarbeides.<sup>98</sup> At slike retningslinjer og anbefalinger stort sett og reelt kan regnes som bindende, både grunnet det politiske presset og det mulige rettslige bakteppet, gjør at grensen til rettslig bindende regler hviskes ut og man må dermed ha et apparat som kan imøtegå og «gjennomføre» disse ikke-bindende reguleringene. Hvordan dette praktisk løses som en del av EØS-retten skal vi se nærmere på i del 3.4, men det er åpenbart en utfordring at de ikke-bindende reguleringene i stor grad oppleves som bindende og at man dermed må ha et system for å møte slike reguleringer.

Endringsforordningen 2019/2175, som enda ikke er gjort til en del av EØS-avtalen, innebærer en del endringer av artikkel 16. Blant annet er siste del av artikkel 16 (4) fjernet.<sup>99</sup> Byråene skal fremdeles rapportere om hvilke retningslinjer og anbefalinger som er gitt, men de skal ikke lenger informere om hvilke myndigheter som ikke følger anbefalingene og heller ikke

---

<sup>97</sup> Weismann, 2016, s.147-148 se i den retning også Busuioc, 2013, s.119, Andenas og Deipenbrock, 2016, s.23 og Moloney, 2011, s.65-66

<sup>98</sup> Se i den retning van Rijsbergen, 2014, s.117

<sup>99</sup> Se endringsforordning 2019/2175, s.23-24, 56 og 88



hvordan byråene skal «sikre» at myndighetene følger disse. Dermed kan det se ut til at visse deler av bestemmelsens «tvangsmomenter» er fjernet og at bestemmelsen er myket noe opp. Videre kan det virke som at man er blitt mer oppmerksom på byråenes vidtrekkende myndighet hva angår utarbeidelse av retningslinjer og anbefalinger da det gjennom ny bestemmelse i artikkel 60a i endringsforordningen blant annet er gitt fysiske og juridiske personer muligheten til, på visse vilkår, å sende klage til Kommissjonen dersom man mener byrået har gått ut over sin myndighet etter artikkel 16.<sup>100</sup>

Til sist kan det nevnes at lojalitetsprinsippet som fremgår av TEU artikkel 4 (3) og EØS-avtalen artikkel 3 også kan tas til inntekt for at statene gjør sitt ytterste for å oppfylle de retningslinjene og anbefalingene som utarbeides av byråene. Lojalitetsprinsippet vil også ligge til grunn for Norges møte med sekundærlovgivningen i EU som vi skal se nærmere på i del 3.

---

<sup>100</sup> Se endringsforordning 2019/2175/EU, s.44, 76 og 107. Se sak C-911/19 Fédération bancaire française(FBF) v Autotité de contrôle prudentiel et de résolution(ACPR), se også Opinion of Advocate General Bobeks uttalelse om saken C-911/19 avsnitt 92, som imidlertid må presiseres at er en ikke-bindende uttalelse

## 3 Norges tilknytning til EUs finanstilsyn

### 3.1 Konstitusjonelle utfordringer og valgt modell

EU-byråene får en stadig viktigere rolle i utviklingen og håndhevingen av regler i det indre marked og det er dermed viktig for Norge å finne løsninger som sikrer deltagelse i byråene.<sup>101</sup> Samtidig er det viktig at løsningene ivaretar to-pilar strukturen og holder seg innenfor de konstitusjonelle rammene, da hverken to-pilar systemet eller Grunnloven er tilpasset denne nye forvaltningsstrukturen i EU.<sup>102</sup> Den sterke utviklingen av EU-byråder var ikke forutsett ved inngåelsen av EØS-avtalen og det ble dermed ikke tilrettelagt for norsk deltagelse i byråene og slik deltagelse må derfor forhandles frem med EU i hvert enkelt tilfelle.<sup>103</sup> Siden byråene er ulikt utformet og har ulik grad av myndighet, må Norges tilknytning til de ulike byråene også variere.

Grunnet vedtaksmyndigheten til EUs finanstilsynsbyråer ble løsningen for tilknytningen til EUs finanstilsyn å overføre myndighet til ESA som dermed treffer tilsvarende vedtak mot Norge.<sup>104</sup> Man kom imidlertid frem til at en slik tilknytning ville være mer enn «lite inngripende» slik at Grunnloven § 26 ikke kunne benyttes.<sup>105</sup> Dermed ble Grunnlovens § 115 for andre gang siden inngåelsen av EØS-avtalen tatt i bruk for å sikre Norges tilknytning til EUs finanstilsyn.<sup>106</sup> Denne løsningen ivaretar formelt to-pilar strukturen og holder seg innenfor de konstitusjonelle rammene uten å måtte forholde seg til vilkåret om at en slik myndighetsoverføring bare kan skje til en organisasjon Norge er medlem av da myndigheten er overført til ESA.<sup>107</sup>

Gjennom denne tilknytningsmodellen har de nasjonale tilsynsmyndighetene i EØS/EFTA deltagelsesrett, men ikke stemmerett, i tilsynsstyret og i arbeidsgrupper og lignende som forbereder saker til styret, også ESA har deltagelsesrett i EUs tilsynsmyndigheter uten stemmerett.<sup>108</sup> Stemmene skal imidlertid avgis av uavhengige og upartiske medlemmer som

---

<sup>101</sup> NOU 2012:2, s.90 og s.175-176, se også Prop.100 S (2015-2016), kap.2.1 s.10-11

<sup>102</sup> Prop.100 S (2015-2016), s.11

<sup>103</sup> NOU 2012:2, s.176 og Prop.100 S (2015-2016), s.11-12

<sup>104</sup> NOU 2012:2, s.240

<sup>105</sup> Prop.100 S (2015-2016), s.12 og 59

<sup>106</sup> Bekkedal og Hertzberg, 2018, s.132

<sup>107</sup> Fredriksen, 2018, s.6 og Bekkedal og Hertzberg, 2018, s.132-133

<sup>108</sup> Prop.100 S (2015-2016), blant annet s.14, se også EØS-komiteens beslutninger om tilslutning til EUs finanstilsynsbyråer nr.199/2016, nr.200/2016 og nr.201/2016 s.2 artikkel 1

skal handle utelukkende i Unionens interesse jf. opprettellesforordningene artikkel 42. Dermed vil ikke en stemmerett i utgangspunktet ha betydning for Norges politiske interesser. Det kan imidlertid diskuteres hvor uavhengig medlemmene faktisk er.<sup>109</sup>

### **3.2 EUs finanstilsyn som vedtaksmyndighet og «kopivedtak» fra ESA**

Vedtaksmyndigheten til ESA skal baseres på et utkast fra det aktuelle finanstilsynsbyrået<sup>110</sup>, men ESA har ingen formell eller rettslig plikt til å fatte et vedtak basert på utkastet da det ikke er overført suverenitet til byråene.<sup>111</sup> Muligheten for å nekte er nok imidlertid, i likhet med Norges mulighet til å nekte å gjennomføre EØS-relevant regelverk, mer formell enn reell. I hvilken grad ESA står fritt til å foreta endringer finnes det lite informasjon om, men forarbeidenes uttalelser om at det skal fattes «et likelydende eller tilnærmet likelydende vedtak» synes å antyde et heller lite rom for endringer.<sup>112</sup> I tillegg mangler ESA den fagkyndighet EU-byråene innehar.<sup>113</sup> Det er påpekt i forarbeidene at en utbygging av kompetanse på linje med den vi ser i EU-pilaren hverken var «hensiktsmessig eller realistisk».<sup>114</sup> Resultatet er dermed en retts teknisk løsning som i hovedsak tilfredsstillende et formelt behov, og man kan dermed stille spørsmål ved om en slik løsning i realiteten ivaretar to-pilar strukturen.<sup>115</sup> ESA vil nok for alle praktiske formål fungere som en slags «kopimaskin» for finanstilsynsbyråenes vedtak.<sup>116</sup>

Som nevnt er det imidlertid sjeldent slike bindende vedtak, eller utkast til vedtak, finner veien til ESAs bord og det er fremdeles primært en nasjonalt anliggende affære å håndheve regler om finansielle tjenester internt i staten.<sup>117</sup> Vedtaksmyndigheten fra EU-byråene er prinsipielt viktig da den skaper utfordringer konstitusjonelt for Norge, men et særlig praktisk problem utgjør den ikke.<sup>118</sup> Det første vedtaket på finanstilsynsområdet ble fattet av ESA først to år

---

<sup>109</sup> Se Hertzberg og Bekkedal, 2018, s.213

<sup>110</sup> Se Prop.100 S (2015-2016), s.14 og s.55, se også EØS-komiteens beslutninger om tilslutning til EUs finanstilsynsbyråer nr.199/2016, nr.200/2016 og nr.201/2016 og deres fortaler 5 avsnitt

<sup>111</sup> Prop.100 S (2015-2016), s.55 og Barlund, 2020, s.266-267

<sup>112</sup> Prop.100 S (2015-2016), s.55 og Barlund, 2020, s.267-268

<sup>113</sup> Se blant annet Barlund, 2020, s.268-269

<sup>114</sup> Prop.100 S (2015-2016), s.74

<sup>115</sup> Se i den retning Barlund, 2020, s.266

<sup>116</sup> Se i den retning Fredriksen, 2018, s.6, Bekkedal, 2019, s.405 og Barlund, 2020, s.267

<sup>117</sup> Se Barlund, 2020, s.263

<sup>118</sup> Bekkedal og Hertzberg, 2018, s.134

etter Norges tilknytning til finanstilsynsbyråene.<sup>119</sup> At det ble ansett som tilstrekkelig at én mann tok seg av disse utkastene til vedtak på vegne av Norge og de andre EFTA-statene understreker at myndigheten er lite brukt, hvert fall foreløpig.<sup>120</sup> I tillegg kan, som nevnt tidligere, de tidvis uklare grensene mellom rettslig bindende avgjørelser og regelverk gjøre EUs finanstilsynsbyråer mer tilbøyelige til å benytte seg av muligheten til å utarbeide utkast til regelverk istedenfor dersom vilkårene for å treffe rettslig bindende vedtak ikke foreligger. Utfordringene når det kommer til implementeringen av slike regelverk kommer vi til i neste del. Dersom EUs finanstilsynsbyråer skulle begynt med en omfattende bruk av sin vedtaksmyndighet ville dette imidlertid kunne se annerledes ut. Dersom store mengder utkast sendes til ESA fra EUs finanstilsynsbyråer vil tiden som går fra utkast til vedtakelse kunne øke, noe som vil kunne føre til en opphoping av rettsaker hos ESA. Dette vil kunne skape en uoversiktlig situasjon på det internasjonale finansmarkedet og målsettingen om et integrert indre marked vil kunne settes på spill, samtidig som Norge kan risikere sanksjoner for manglende gjennomføring. Hvor lang tid vi erfaringsmessig snakker om, vet vi lite om, både på grunn av få vedtak og manglende innsyn i prosessen.<sup>121</sup> Basert på den myndigheten finanstilsynsbyråene har etter opprettelsesforordningene i dag er det imidlertid lite trolig at bruken av denne myndigheten vil øke i særlig grad. Da måtte nok i så fall vilkårene for bruk av vedtaksmyndigheten mykes opp. Dermed står vi igjen med at det er ikke-bindende retningslinjer og anbefalinger og utarbeidelse av utkast til bindende regelverk som i størst grad påvirker intern norsk rett og skaper de største utfordringene.<sup>122</sup> Dette skal vi i det følgende se nærmere på.

### **3.3 EUs finanstilsyn som regelverksutvikler og implementeringen av forordninger etter EØS-avtalens artikkel 7**

Når det gjelder regelverk utarbeidet av finanstilsynsbyråene, men vedtatt av Kommisjonen (nivå-2 regelverk) jf. opprettelsesforordningene artikkel 10-15, må disse gjennomføres i det norske regelverket på lik linje med annen EØS-lovgivning. Det samme gjelder regelverk

---

<sup>119</sup> Se Barlund, 2020, s.263 og henvisningen til vedtaket EFTA Surveillance Authority delegated decision of 27 July 2018 to register Nordic Credit Rating AS as a credit agency, decision no: 071/18/COL

<sup>120</sup> Vermnes, 2016

<sup>121</sup> Se Barlund, 2020, s.268

<sup>122</sup> Bekkedal og Hertzberg, 2018, s.150

vedtatt av Rådet og Parlamentet (nivå-1 regelverk) som byråene kan ha en ikke ubetydelig påvirkning på, se del 2.2.2.

Norge, i likhet med Island, bygger på et dualistisk system, noe som innebærer at folkerettslige regler ikke har direkte virkning internt. For at reglene skal kunne danne grunnlag for rettigheter og plikter nasjonalt må de altså gjennomføres i det interne norske rettssystem. Dette til forskjell fra monisme som i EU-retten betyr at forordninger, og visse direktiver på gitte vilkår, har direkte virkning og kan påberopes uten nasjonal gjennomføring.<sup>123</sup> Gjennomføring av EU regler ellers fortøner seg stort sett på lik måte i EUs medlemsstater, i Norge og på Island, men det er når det gjelder forordninger at situasjonen er en annen.<sup>124</sup>

Når EØS-regler skal gjennomføres i norsk rett, det være seg som lovbestemmelser eller i forskrift, skiller vi gjerne mellom gjennomføringsmetodene gjengivelse og henvisning. Metoden avhenger av hvilken type rettsakt det er snakk om. Regelen om nasjonal gjennomføring av EØS-rettslig sekundærrett fremgår av EØS-avtalens artikkel 7.

### 3.3.1 EØS-avtalens artikkel 7

Første delen av artikkel 7 sier at rettsakter omhandlet i eller tatt inn i vedlegg til EØS-avtalen eller i EØS-komiteens vedtak «skal være eller gjøres til del» av den nasjonale interne retten. Tradisjonelt har ordlyden «skal være eller gjøres» blitt forstått slik at «skal være» henviser til den monistiske staten Liechtenstein der forordninger, i likhet med EUs medlemsstater, har direkte virkning, mens «gjøres til» viser til de dualistiske statene Norge og Island der forordningen som nevnt må inkorporeres.<sup>125</sup> EØS-regler gjennomføres etter ulike metoder.

**Gjengivelse (også kalt transformasjon)** går ut på at de folkerettslige reglene, her den relevante EØS-lovgivningen, omformes og tilpasses norsk rettstradisjon og rettsteknikk.<sup>126</sup> Gjengivelse er metoden som gjerne benyttes når direktiver skal innarbeides i norsk intern rett jf. EØS-avtalen artikkel 7b). Etter bestemmelsen overlates det til «avtalepartens myndigheter å bestemme formen og midlene for gjennomføringen». Direktivene er egnet til gjennomføring

---

<sup>123</sup> NOU 2012:2, s.132

<sup>124</sup> NOU 2012:2, s.118

<sup>125</sup> Arnesen mfl., 2018, s.249, se imidlertid Bekkedal, 2019, s.347-348

<sup>126</sup> Se Sejersted mfl., 2011, s.197

på denne måten da de ofte gjengir visse mål som skal oppnås, men etterlater det til statene å bestemme hvordan disse målene skal oppfylles.<sup>127</sup>

**Henvisning (også kalt inkorporasjon)** går ut på at det vedtas en lov- eller forskriftshjemmel som konstaterer at en EØS-rettslig regel gjelder som norsk rett og er metoden som benyttes når forordninger skal innarbeides i norsk rett jf. EØS-avtalen artikkel 7a).<sup>128</sup> I sin helhet lyder artikkel 7a) som følger; «en rettsakt som tilsvarer en EØF-forordning skal som sådan gjøres til del av avtalepartens interne rettsorden». Frasen «en rettsakt som tilsvarer en EØF-forordning» understreker at det er EØS-komiteens vedtak det siktes til og ikke forordningen slik den lød da den ble vedtatt i EU.<sup>129</sup> Ordlyden «som sådan» tilsier at forordningen skal inkorporeres uten endringer, justeringer eller oppdeling.<sup>130</sup> Forordningene benyttes nettopp når det er behov for en harmonisering av regelverket mellom avtalepartene som sikrer identisk lovverk som tolkes og anvendes likt.<sup>131</sup> Medlemstatene i EU har ikke en gang tillatelse til å gjennomføre forordningene nasjonalt da forordningene skal ha direkte virkning slik de er utformet i EUs organer.<sup>132</sup> Det er konstitusjonelle og politiske grunner til at det er gjort unntak for Norge og Island.<sup>133</sup> At forordninger skal gjennomføres «som sådan» betyr imidlertid ikke at inkorporering av en forordning ikke kan nødvendiggjøre tilpasninger i norsk lov. For eksempel bør norske regler som strider mot forordningen oppheves eller endres, selv om en slik gjennomført forordning får forrang ovenfor motstridende norske regler etter EØS-loven § 2.<sup>134</sup> Også rettssikkerhetshensyn og den generelle lojalitetsplikten i EØS-artikkel 3 kan tilsi justeringer i norsk regelverk så lenge reglernes opprinnelse fremdeles er synlig for leser.<sup>135</sup> Sagt på en annen måte; forordningene kan ikke tilpasses norsk rett, men norsk rett kan måtte tilpasse seg forordningen. I noen tilfeller har imidlertid EU akseptert at visse deler av forordningene kan gjengis i intern rett dersom sammenhengen i regelverket og hensynet til tilgjengelighet tilsier det.<sup>136</sup> Dette ble blant annet uttalt i saken *Commission v Italy*.<sup>137</sup>

---

<sup>127</sup> Sammenlikn TEUV artikkel 288 tredje avsnitt, se også NOU 2012:2, s.121, Sejersted mfl., 2011, s.198 og Fredriksen og Mathisen, 2022, s.400

<sup>128</sup> Se Sejersted mfl., 2011, s.197-198

<sup>129</sup> Arnesen mfl., 2018, s.253

<sup>130</sup> Se NOU 2021:8, s.254 og Arnesen mfl., 2018, s.254-256

<sup>131</sup> Se Fredriksen og Mathisen, 2022, s.43 se også Bekkedal, 2019, s.363

<sup>132</sup> Se TEUV artikkel 288 andre avsnitt, NOU 2021:8, s.253-254 og Fredriksen og Mathisen, 2022, s.395

<sup>133</sup> Se NOU 2021:8, s.253 og Fredriksen og Mathisen, 2022, s.395

<sup>134</sup> Se NOU 2021:8 s.260

<sup>135</sup> Se Fredriksen og Mathisen, 2014, s.279

<sup>136</sup> NOU 2021:8, s.254 og Arnesen mfl., 2018, s.254

<sup>137</sup> NOU 2021:8, s.254-255 og Sak C-272/83 *Commission v Italy*, avsnitt 27

Inkorporeringen må dermed gjøres gjennomtenkt, nøyaktig og raskt for å sikre lik praktisering og markedsintegrasjon.

Fordelen med en slik teknikk er at man holder seg helt tro til den aktuelle rettsakten og at bestemmelsene er like uansett hvilken stats interne rett det er snakk om.<sup>138</sup> Dette sikrer på en god måte målsettingen om rettsenhet i det indre markedet.<sup>139</sup> Ulempen er at denne teknikken bryter med norsk lovgiverteknikk ved at de strenge reglene for inkorporering gir et fragmentert regelverk der flere bestemmelser må leses i sammenheng.<sup>140</sup> Faren er dermed til stede for at regler oversees eller misforstås, noe som kan føre til feilpraktisering av regelverket slik vi så i NAV-saken, se nærmere del 3.3.4.<sup>141</sup>

### 3.3.2 Utviklingstrekk

Til tross for at direktiver ofte er å foretrekke som rettsakt fremfor forordninger, da de gir medlemslandene frihet til å ta nasjonale politiske og rettstekniske hensyn, ser vi altså en stadig økende satsing på forordninger.<sup>142</sup> Denne utviklingen skyldes nok i stor grad EU-byråenes fremvekst og nødvendigheten av ensartede bestemmelser på kompliserte og tekniske områder.<sup>143</sup> Dette er en tendens vi ser utspille seg blant annet på finanstilsynsområdet. Den økende satsingen på forordninger på finanstilsynsområdet, både på nivå-1 og nivå-2 regelverk, fremgår av figurene vist nedenfor.<sup>144</sup>

---

<sup>138</sup> Sejersted mfl., 2011, s.197

<sup>139</sup> Fredriksen og Mathisen, 2022, s.398 og s.400

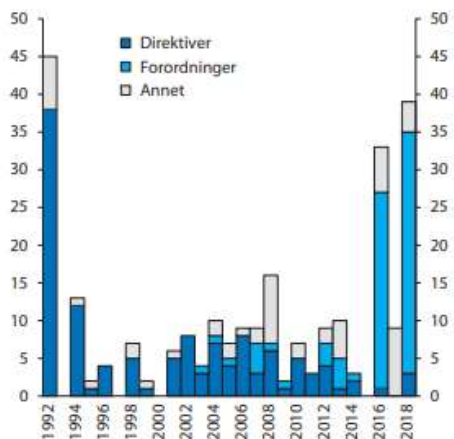
<sup>140</sup> Sejersted mfl., 2011, s.197, Fredriksen og Mathisen, 2022, s.398 se også NOU 2021:8, s.254

<sup>141</sup> Se NOU 2020:9, s.248-251 (kapittel 17)

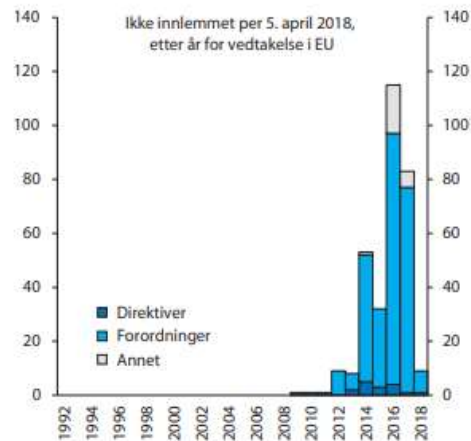
<sup>142</sup> EØS-håndboken 2016, s.77, Fredriksen og Mathisen, 2022, s.43 se forholdet til forholdsmessighetsprinsippet i TEU art 5

<sup>143</sup> Se Fredriksen og Mathisen, 2022, s.43

<sup>144</sup> Figurene er hentet fra Meld. St. 14 (2017-2018), s.42



Figur 1 rettsaker for finansielle tjenester som er implementert i EØS-avtalen per 05.04.18



Figur 2 rettsaker for finansielle tjenester som ikke er implementert i EØS-avtalen per 05.04.18

Artikkel 7a) legger opp til en prosess som fører til mye merarbeid i Norge sammenliknet med medlemsstatene i EU og Liechtenstein. Figurene viser at denne ekstra satsingen på forordninger har ført til en krevende arbeidssituasjon i årene etter Norge ble tilknyttet EUs finanstilsynsbyråer. Av figur 1 ser vi at det er en voldsom økning i antall implementerte forordninger etter Norges tilslutning til EUs finanstilsynsbyråer i 2016. Figur 2 forteller at det samtidig er skjedd en stor økning i antall ikke-implementerte forordninger på området.

Tiden det tar å inkorporere slike forordninger skaper en propp i systemet når store mengder forordninger skal gjennomføres. Dette er med på å skape en uheldig tidsforsinkelse som gjør at regler som har direkte virkning i EUs medlemsstater ikke enda har fått internrettslig virkning i Norge, selv om de er folkerettslig forpliktende. I etterkant av Norges tilslutning til EUs finanstilsynsbyråer har vi altså sett et stort etterslep av rettsaker, særlig i form av forordninger.<sup>145</sup> Dette er som nevnt problematisk da rask og effektiv implementering av regelverk på finanstilsynsområdet er viktig for at det indre markedet knyttet til finansielle tjenester skal være velfungerende for norske foretak som opererer i finansmarkedet i EU.<sup>146</sup> Det store etterslepet på området for finans har gjort at EØS-landene i 2017 tok initiativ til et møte med EU-kommisjonen for å få til en bedre og mer effektiv prosess med innlemmelse av reglene.<sup>147</sup> I ettertid kan dette se ut til å ha hjulpet noe da det i en stortingsmelding fra

<sup>145</sup> Meld. St. 14 (2017-2018), s.41

<sup>146</sup> Meld. St. 31 (2020-2021), s.78

<sup>147</sup> Meld. St. 14 (2017-2018), s.43 og Langberg, 2017.



2020/2021 ble gjort kjent at etterslepet er redusert, men det ble samtidig påpekt at mye arbeid fremdeles gjenstår.<sup>148</sup> I en høringsuttalelse fra Finanstilsynet presiseres det at situasjonen fremdeles er alvorlig og at det kommer ca 70 nye rettsakter, i hovedsak nivå-2 regelverk, hvert år på finansområdet og at trenden er økende.<sup>149</sup> Sen implementering av forordninger skaper ikke bare uheldige virkninger for aktørene på finansmarkedet, men kan også føre til at staten risikerer søksmål. Nylig ble det gjort kjent at ESA tar Island inn for EFTA-domstolen nettopp grunnet sen implementering av finansregler.<sup>150</sup> Inkorporering av forordninger er en tid- og ressurskrevende affære og noe etterslep vil det nesten alltid være da forordninger får direkte virkning i EUs medlemsstater rett etter vedtagelse, mens man her må bruke tid på å inkorporere dem i det interne rettssystemet.<sup>151</sup> Etterslepet på finansmarkedsområdet går imidlertid nå ut over det man kan forvente.<sup>152</sup>

Det kan også nevnes at byråfiseringen innebærer en generell demokratisk utfordring ved at store mengder av regelverksutviklingen flyttes fra de demokratiske prosessene i de lovgivende organene til forvaltningen. De detaljerte reglene byråene er med på å utarbeide kan ha politiske konsekvenser som burde være gjenstand for en demokratisk prosess. Særlig forordninger etterlater lite rom for enkeltstatene og dermed er det enda viktigere å kunne påvirke prosessen slik at nasjonale hensyn ivaretas.<sup>153</sup> Dette er imidlertid ikke mulig når byråene kun skal handle i unionens interesse jf. opprettelsesforordningene artikkel 42. De mer prinsipielle problematiske sidene om demokratisk legitimitet går jeg imidlertid ikke nærmere inn på, men dette viser at de regeltekniske utfordringene henger sammen med de mer prinsipielt grunnleggende sidene ved EU/EØS-samarbeidet og demokratisk kontroll.

### **3.3.3 Utfordringer knyttet til mengden forordninger**

Et økende etterslep ved innlemmelsen av rettsakter, særlig forordninger, utfordrer den grunnleggende homogenitetsmålsettingen som ligger til grunn for EØS-avtalen.

Homogenitetsprinsippet gir uttrykk for en målsetting om ensartethet mellom EU og EØS.<sup>154</sup> I dette ligger det at EØS-rettslige regler så langt det lar seg gjøre skal tolkes og anvendes likt

---

<sup>148</sup> Meld. St. 31 (2020-2021), s.78

<sup>149</sup> Finanstilsynet, 2021, s.1

<sup>150</sup> EFTA Surveillance Authority, 2022

<sup>151</sup> Meld. St. 14 (2017-2018), s.41, se også NOU 2012:2, s.118 der det fremgår at Norge utpeker seg positivt når det gjelder effektiv gjennomføring av direktiver, det er når det kommer til forordninger at Norge ligger bakpå

<sup>152</sup> Meld. St. 14 (2017-2018), s.41

<sup>153</sup> Interdepartemental arbeidsgruppe, 2021, s.32

<sup>154</sup> Se Fredriksen og Mathisen, 2022, s.70

som i EU for å sikre et velfungerende indre marked.<sup>155</sup> Homogenitet er viktig også ovenfor rettsakter som ikke er gjennomført, selv om det nok ikke kan strekkes så langt at det utløser en plikt til å gi slike ikke-gjennomførte rettsakter rettslig status.<sup>156</sup> Dette ville gi rettsaktene direkte virkning, noe det er bred enighet om at avtalen ikke legger til rette for<sup>157</sup>, se imidlertid del 4. Manglende gjennomføring truer målsetningen om et integrert indre marked da ulike regler vil gjelde i Norge og de øvrige EØS- og EU-landene samtidig.<sup>158</sup> EUs utenriktjeneste har uttrykt bekymring over at forsinket innlemmelse av rettsakter svekker homogeniteten i det indre markedet.<sup>159</sup> I forarbeidene vedrørende tilslutningen til EUs finanstilsynsbyråer blir det påpekt at homogenitet er «avgjørende for norsk næringslivs mulighet til å konkurrere på mest mulig like vilkår med næringslivet i EU-statene».<sup>160</sup> Homogenitet er med andre ord avgjørende for funksjonen til EUs indre marked og for Norges interesser. Når en rettsakt ikke er inntatt i det norske rettssystemet kan man heller ikke avhjelpes med EØS-lovens § 2 om forrang for gjennomførte EØS-bestemmelser.<sup>161</sup> Det er videre grenser for hvor langt man kan bruke presumsjonsprinsippet for å avhjelpe en situasjon der EØS-rettslige regler ikke er gjennomført i norsk rett.<sup>162</sup> Det samme gjelder prinsippet om EØS-konform tolkning som tilsvarende presumsjonsprinsippet i EØS-rettslig sammenheng, selv om dette prinsippet sies å rekke noe lengre enn det tradisjonelle presumsjonsprinsippet.<sup>163</sup> Lojalitetsprinsippet jf. EØS-avtalen artikkel 3, som omhandler lojalt samarbeid mellom avtalepartene om EØS-avtalen, kan heller ikke strekkes så langt at forordninger må gis direkte virkning.<sup>164</sup> Dette ville fort vært realiteten dersom man av lojalitet skulle gi ikke-gjennomførte forordninger rettslig virkning for å sikre homogeniteten, og det finnes det ikke hjemmel til i EØS-avtalen. Vi skal i del 4 se på muligheten for å gi forordninger direkte virkning i Norge.

Videre vil manglende eller sen gjennomføring av regelverket kunne bidra til å svekke tillitten til norske myndigheter. Dersom man ikke kan stole på at rettsstilstanden i Norge er a jour med EU vil det være naturlig at aktørene ser mer til EU for å klarlegge sin rettsituasjon. Sen eller manglende implementering av regelverk vil også kunne svekke tillitten EU har til Norge. For

---

<sup>155</sup> Se Fredriksen og Mathisen, 2022, s.70

<sup>156</sup> Fredriksen og Mathisen, 2022, s.78-79

<sup>157</sup> Fredriksen og Mathisen, 2022, s.78-79

<sup>158</sup> Se Bekkedal, 2019, s.268-369 og Prop. 100 S (2015-2016), s.11

<sup>159</sup> Stortinget, 2020

<sup>160</sup> Prop. 100 S (2015-2016), s.12

<sup>161</sup> Se NOU 2012:2, s.119

<sup>162</sup> NOU 2012:2, s.132-133

<sup>163</sup> NOU 2012:2, s.132 se også Franklin, 2012, bla 316-317, Bekkedal, 2019, s.368-369 se også Fredriksen og Mathisen, 2022, s.417-422

<sup>164</sup> Fredriksen og Mathisen, 2022, s.80-81 se også Sejersted mfl., 2011, s.104-105

hver rettsakt som ikke er gjennomført i tide er det i teorien en risiko for at ESA trekker Norge inn til EFTA-domstolen for traktatbrudd, med de konsekvenser det vil medføre.<sup>165</sup> Det ville være svært uheldig om forsinket gjennomføring av EU regelverk over tid skulle ha en slik effekt på tillitten Norge har fra EU.

### 3.3.4 utfordringer knyttet til tilgjengeligheten av regelverket

Analysene ovenfor har vist at vi ikke har et apparat eller implementeringssystem som er rigget for å håndtere den regelverksmengden vi ser på blant annet finansstilsynsområdet.

Det er imidlertid ikke bare en tid- og ressurskrevende affære å skulle inkorporere forordninger. Man kan også stille spørsmål ved om det retts tekniske systemet vi har i dag lar seg forene med forordningers særegenheter. Forordninger må som vi har sett inntas via en henvisning og det er svært begrenset handlingsrom for å ta rettssystematiske hensyn slik at forordningene passer bedre i den norske lovgivningsstrukturen. Dermed står man ovenfor en situasjon der tilgjengeligheten av regelverket kan vanskeliggjøres og rettsikkerheten i verste fall kan svekkes.

En del av utfordringen ligger i sontringen mellom lov og forskrift som i Norge har ulik rang. Som nevnt tidligere kan man grovt sammenlikne dette med inndelingen i nivå-1 og nivå-2 regelverk i EU. Det foreligger imidlertid ikke en slik ranginndeling mellom direktiver og forordninger, som kan vedtas på begge nivåer.<sup>166</sup> I Norge styres valget mellom lov og forskrift etter hvor viktig man anser bestemmelsen for å være, og det er dermed uten betydning på hvilket nivå rettsaktene er vedtatt i EU eller om det er snakk direktiver og forordninger.<sup>167</sup> De fleste rettsakter er imidlertid av en slik teknisk karakter at de tas inn som forskrift, dette gjelder da særlig forordninger.<sup>168</sup> Systemet kan gjøre det unaturlig å gå til forskriftsverket for å finne sentrale og viktige bestemmelser. Granskningsutvalget, i forbindelse med NAV-saken, påpeker at en av grunnene til at oppholdskravene i folketrygdloven ble feilpraktisert var at trygdeforordningen ble gjennomført i forskrift uten at det ble påpekt i loven at særlige regler kunne gjøre seg gjeldende.<sup>169</sup> Forskriftsverket begynner også etter hvert å bli ganske massivt,

---

<sup>165</sup> Se NOU 2012: 2, s.126, Island ble nylig tatt inn for EFTA-domstolen av ESA for manglende gjennomføring, se fotnote 150

<sup>166</sup> Se NOU 2012: 2, s.121

<sup>167</sup> Se NOU 2012:2, s.118, nærmere om valget mellom lov og forskrift se veileder fra Justis- og politidepartementet Lovteknikk og lovforberedelse G-2000-9001 (G-0027), kap 2.2.3

<sup>168</sup> NOU 2012:2, s.118

<sup>169</sup> NOU 2021:8, s.264 med videre henvisning til NOU 2020:9, s.248

og i tillegg er mange av de EØS-rettslige forordningene teknisk detaljerte og omfattende.<sup>170</sup> Av denne grunn blir det i forarbeidene påpekt at man særlig overfor private bør være tilbakeholdne med for omfattende bruk av forskrifter til tross for at bestemmelsene på grunn av moderne hjelpemidler er lettere tilgjengelig i dag.<sup>171</sup> Dette gjør seg i noe mindre grad gjeldende overfor profesjonelle aktører, slik som på finanstilsynsområdet, som har bedre forutsetninger til å forstå lovverket og sammenhengen i det. Finanstilsynet påpeker likevel i sin høringsuttalelse fra 2021 utfordringer knyttet nettopp til regelverkets kompleksitet, omfang og struktur på finansområdet.<sup>172</sup>

Som vi har vært innom vil de fleste regler fra EU på finanstilsynsområdet bli vedtatt som forordninger grunnet deres tekniske og detaljerte karakter. Noen forordninger blir imidlertid ansett som så viktige at de får lovs form, og dette gjelder for eksempel opprettelsesforordningene som er gjennomført i Lov om EØS-finanstilsyn.<sup>173</sup> At opprettelsesforordningene til EUs finanstilsynsbyrå er gjennomført som lov betyr egentlig at eventuelle endringer i forordningen også må gjennomføres i lov selv om det bare dreier seg om bagatellmessige endringer.<sup>174</sup> På områder, slik som finanstilsynsområdet, der det skjer svært hyppige endringer,<sup>175</sup> vil dette kreve mye ressurser og merarbeid. Løsningen på finanstilsynsområdet ble å opprette en derogasjonshjemmel i Lov om EØS-finanstilsyn § 6 som gir adgang til å gjennomføre mindre viktige endringsforordninger som forskrift.<sup>176</sup> En slik derogasjonshjemmel kan være riktig og nødvendig utfra ressurshensyn, men det kan også bidra til at regelverket gjøres mindre tilgjengelig.<sup>177</sup> Et generelt problem ved bruk av forskrifter er at man kan gå glipp av viktige oppklaringer i forarbeider. Selv om norske forarbeider ikke har rettskildemessig verdi når det gjelder forståelsen og tolkningen av EØS-regelverk vil forarbeidene likevel kunne gi god veiledning. Valget om forordninger skal gjennomføres i lov eller i forskrift endrer imidlertid ikke det at forordningene i seg selv kan oppfattes kompliserte og lite tilgjengelige, men dette er en utfordring som ligger på EU-nivå.<sup>178</sup>

---

<sup>170</sup> NOU 2012:2, s.128 og s.135

<sup>171</sup> NOU 2021:8, s.264-265

<sup>172</sup> Finanstilsynet, 2021, s.1

<sup>173</sup> Se NOU 2021:8, s.254

<sup>174</sup> NOU 2021:8, s.267-268 med videre henvisninger

<sup>175</sup> Se Finanstilsynet, 2021, s.1 og Meld. St. 31 (2020-2021), s.78

<sup>176</sup> NOU 2021:8, s.267 se tilsvarende derogasjonshjemler på finansmarkedsområdet verdipapirhandelloven §§3-1, 7-1, 8-1 og 17-1, verdipapirsentralloven §1-1 og revisorloven §12-1

<sup>177</sup> NOU 2021:8, s.265 og s.267-268 med videre henvisninger

<sup>178</sup> NOU 2021:8, s.262

Et lite tilgjengelig regelverk som gjør det vanskelig for rettssubjektene å forutse sin rettsstilling har også noen prinsipielt problematiske sider. EU/EØS retten stiller krav til lojal etterfølgelse av avtalen jf. TEU artikkel 4 nr.3 og EØS-avtalens artikkel 3. Det betyr blant annet at de aktuelle EU-rettsaktene skal gjennomføres rettidig, korrekt og at nasjonal lovgivning ikke skal motvirke EØS-reglene.<sup>179</sup> Rettsreglene skal i tillegg være så klare og presise at rettssubjektene kan lese sin rettsstilling ut av lovverket. Dette følger av klarhetskravet som utgjør en del av det rettsikkerhetsprinsipp som er utviklet i EUs rettspraksis.<sup>180</sup> Av det som er gjennomgått kan det nok konstateres at det foreligger noen mangler når det gjelder rettsikkerheten. Manglende rettsikkerhet er ikke bare et problem for den enkelte som rammes. Det kan også utvikle seg til en generell mistillit til myndighetene. NAV-saken gjorde at tillitten til myndighetene ble svekket. Her er det imidlertid viktig å igjen minne om forskjellen på regelverk som retter seg mot privatpersoner og profesjonelle aktører. Det må nok i noe større grad forventes at profesjonelle aktører, som gjerne har mer ressurser, klarer å orientere seg i et komplekst regelverk. Likevel er det klart at også profesjonelle aktører må kunne forvente at lovverket er korrekt, gjennomskiktig og tilgjengelig. Tillitten til Norge som EØS-stat vil også kunne svekkes dersom utilgjengelig regelverk og svekket rettsikkerhet blir normalsituasjonen. Dersom utilgjengeligheten i regelverket skyldes forhold ved forordningen selv, så vil det imidlertid vanskelig la seg avhjelpe ved god lovgivningsteknikk.<sup>181</sup> Utilgjengeligheten bunner dermed i flere årsaker enn bare norsk lovteknisks møte med internasjonal rett.

### **3.4 EUs finanstilsyn som utvikler av ikke-bindende regelverk og deres virkning**

Etter opprettelsesforordningenes artikkel 16 har byråene myndighet til å utstede retningslinjer og anbefalinger for å «opprette en ensartet, formålstjenlig og effektiv tilsynspraksis i ESFS og sikre en felles, ensartet og sammenhengende anvendelse av unionsretten» jf. artikkel 16 (1). Vi har sett at dette er en myndighet som byråene benytter seg av i stor grad.

Ikke-bindende rettsakter, slik som retningslinjer og anbefalinger, blir «gjeldende direkte» i EFTA-statene uten å måtte inntre innenfor EFTA-pilaren da det formelt sett ikke er snakk om

---

<sup>179</sup> Se NOU 2021:8, s.256

<sup>180</sup> Se NOU 2021:8, s.256-257

<sup>181</sup> Se NOU 2021:8, s. 262

myndighetsutøvelse som er rettslig bindende.<sup>182</sup> Spørsmålet er hvordan disse retningslinjene og anbefalingene «gjennomføres» i det norske rettssystemet og hvilken virkning de får.

Retningslinjer og anbefalinger er ikke rettslig bindende, men som vi har sett foreligger det et betydelig press på å følge dem i tillegg til at de er gitt med et visst rettslig bakteppe (se del 2.2.3). Dette gir retningslinjene og anbefalingene en uklar rettslig status og det finnes dermed heller ingen fasit på hvordan slikt ikke-bindende regelverk skal gjennomføres i den enkelte rettsstat.<sup>183</sup> Prosessen med å oversette retningslinjene og anbefalingene til ulike språk kan i tillegg føre til at de utilsiktet gis ulikt innhold og ulik rettskildemessig vekt.<sup>184</sup> Man kan for eksempel risikere at retningslinjene eller anbefalingene oppfattes strengere i én stat enn en annen grunnet bruk av ulike ord.<sup>185</sup> Selv om man riktig nok oversetter andre rettsakter også, slik som forordninger, kan man nok anta at arbeidet ikke er like møysommelig gjennomført når det gjelder retningslinjer og anbefalinger da de tross alt ikke er rettslig bindende. Følgelig blir det vanskelig å finne en konkret måte å imøtegå det ikke-bindende reglementet på. Usikkerhetsmomentene knyttet til finanstilsynsbyråenes ikke-bindende regelverk kan føre til ulike løsninger ved gjennomføringen ikke bare mellom stater, men også internt i hver enkelt stat.

I Norge gjennomføres anbefalingene og retningslinjene fra byråene på ulike måter.<sup>186</sup> Ikke sjeldent vil retningslinjenes bindende karakter føre til at nasjonalstaten gjennom sin lovgivningsmyndighet gir dem status som juridisk bindende nasjonale regler.<sup>187</sup> Også i Norge påvirkes norsk rett på denne måten<sup>188</sup> og det er kanskje naturlig da retningslinjene eller anbefalingene som vi har sett gis med et betydelig rettslig bakteppe og politisk press. Selv om det er en slik gjennomføring av retningslinjer og anbefalinger som rettslig bindende regler som i størst grad sikrer etterlevelse, er det antageligvis ikke bærekraftig å gi alle lovs form grunnet den allerede store mengden rettslig-bindende regelverk som skal gjennomføres. Oppfølgingen av retningslinjer og anbefalinger fra EUs finanstilsynsbyråer kan også skje ved utarbeidelse av rundskriv fra Finanstilsynet, eller de kan gjennomføres ved at deres betydning

---

<sup>182</sup> Se Prop.100 S (2015-2016), s.14 og Bekkedal og Hertzberg, 2018, s.148-149

<sup>183</sup> Bekkedal og Hertzberg, 2018, s.138-139 og van Rijsbergen, 2014, s.122 og 125

<sup>184</sup> Se van Rijsbergen, 2014, s.125

<sup>185</sup> Se van Rijsbergen, 2014, s.125-127 der hun sammenlikner den engelske, nederlandske og tyske versjonen av retningslinjer og anbefalinger utarbeidet av ESMA

<sup>186</sup> Se Bekkedal og Hertzberg, 2018, s.138-140

<sup>187</sup> Schemmel, 2016, s.473-474

<sup>188</sup> Se Bekkedal og Hertzberg, 2018, s.139

understrekes i forarbeidene.<sup>189</sup> Kanskje vil de anbefalingene eller retningslinjene man anser som «viktigst» gis status som formell lov, mens de som anses som «mindre viktige» nevnes i forarbeider eller informeres om i rundskriv. Dette gjør retningslinjer og anbefalinger uoversiktlig og vanskelig tilgjengelig, i tillegg til at de gis ulik rettskildemessig vekt. Det finnes ytterligere måter norsk rett kan påvirkes av slike ikke-bindende regler på, så de gjennomgåtte eksemplene utgjør ingen uttømmende liste.

Som vi ser fører retningslinjene og anbefalingenes uklare rettslige status til en fragmentert gjennomføring nasjonalt.<sup>190</sup> Ved en slik fragmentert gjennomføring legger vi også retningslinjene og anbefalingene ulik rettslig vekt, noe det ikke er grunnlag for. Konsekvensen kan bli at man for eksempel ikke følger opp de retningslinjene og anbefalingene som er gitt i rundskriv like samvittighetsfullt som de som er gitt lov. De retningslinjene og anbefalingene som ikke har fått like mye oppmerksomhet risikerer å bli oversett og ikke fulgt opp i praksis.

Dersom hver stat har ulike måter å gjennomføre slike anbefalinger og retningslinjer på, i tillegg til at dette kan variere internt i hver enkelt stat, vil dette føre til en ujevn etterfølgelse av byråenes ikke-bindende rettsakter.<sup>191</sup> Man kan dermed stille spørsmålsteget ved om retningslinjene og anbefalingene oppfyller sitt formål med å «opprette en ensartet, formålstjenlig og effektiv tilsynspraksis i ESFS og sikre en felles, ensartet og sammenhengende anvendelse av unionsretten» jf artikkel 16 (1).<sup>192</sup> Kanskje vil retningslinjene og anbefalingene til og med ha motsatt effekt og dermed sette målet om et integrert marked på spill.<sup>193</sup> Så lenge statusen til retningslinjer og anbefalinger er såpass uklar er det imidlertid vanskelig for de nasjonale statene å selv finne løsninger. Dersom man skal sikre en bedre og mer helhetlig håndtering av ikke-bindende regelverk, er dette en jobb som i hovedsak ligger hos EU. Gjennom opprettellesforordningenes artikkel 30 har for eksempel byråene adgang til å gjennomføre fagfelle vurderinger for å blant annet å oppnå en mer sammenhengende gjennomføring av retningslinjer og anbefalinger.<sup>194</sup> På bakgrunn av

---

<sup>189</sup> Se Bekkedal og Hertzberg, 2018, s.138-139

<sup>190</sup> Se Bekkedal og Hertzberg, 2018, s.139 og van Rijsbergen, 2014, s.122, 125 og s.127

<sup>191</sup> Se i den retning van Rijsbergen, 2014, s.125 og s.128

<sup>192</sup> Se i samme retning van Rijsbergen, 2014, s.127

<sup>193</sup> Se van Rijsbergen, 2014, s.128 med videre henvisning

<sup>194</sup> van Rijsbergen, 2014, s.125 og s.128. Når det gjelder opprettellesforordningen til EBA (1093/2010) er det gjort noen endringer i denne bestemmelsen etter endringsforordning 1022/2013. Endringsforordning 2019/2175 gjør endringer i denne bestemmelsen for alle finanstilsynsbyråene, men denne er enda ikke gjort til del av EØS-avtalen.

resultatene av disse kan byråene komme med tiltak for å bedre håndteringen av ikke-bindende regelverk se artikkel 30 (3).<sup>195</sup>

Til sist kan det nevnes at byråenes ikke-bindende regelverk har noen demokratisk problematiske sider. Retningslinjene og anbefalingene viser seg å være svært detaljerte slik at de etterlater lite handlingsrom for den enkelte stat til å gjøre egne vurderinger, noe flere av EUs medlemsstater i tillegg til Norge har påpekt det problematiske ved.<sup>196</sup> Særlig paradoksalt er dette når retningslinjene og anbefalingene skal utfylle direktiver, som jo nettopp er ment å etterlate et handlingsrom for enkeltstatene.<sup>197</sup>

---

<sup>195</sup> Se van Rijsbergen, 2014, s.125 og s.128-129

<sup>196</sup> Se Bekkedal og Hertzberg, 2018, s.139 med videre henvisninger

<sup>197</sup> Se Bekkedal og Hertzberg, 2018, s.139



## 4 Bør vi tenke nytt?

### 4.1 Alternative løsninger for Norges håndtering av sekundærretten fra EU

Vi skal til sist se på om det finnes bedre måter å møte den økende mengden sekundærrett fra EU på. Selv om denne oppgaven omhandler EUs finanstilsyn, er byråfiseringen noe som foregår på flere rettsområder og antall byråer øker stadig. Observasjonene og løsningene redegjort for nedenfor vil dermed ikke nødvendigvis være avgrenset til finanstilsynsområdet, men kan være relevant på flere EØS-forvaltningsområder.

### 4.2 Kan forordninger gis direkte virkning?

Mengden forordninger som utvikles i EU er det lite Norge kan gjøre noe med. Det samme gjelder de store mengdene retningslinjer og anbefalinger som EUs finanstilsynsbyråer produserer. Som vi har sett er vedtaksmyndigheten hittil lite brukt, selv om dette også kan by på utfordringer dersom denne myndigheten skulle benyttes hyppigere i fremtiden.

Noe av utfordringene med etterslepet ved gjennomføringen av rettsakter ligger som vi har sett i at forordninger ikke har direkte virkning. Selv om det er en festnet oppfatning av at forordninger ikke har direkte virkning, kan det argumenteres for at det hadde vært enklere om de hadde det. Det ville hvert fall hjulpet på det etterslepet av manglende gjennomførte forordninger som vi ser i dag.

Av ECJ sin opinion 1/19<sup>198</sup> fremgår det at EU er innforstått med at EØS-avtalen ikke innebærer overføring av lovgivningsmyndighet og at forordninger dermed aktivt må innarbeides i nasjonal rett for at den skal kunne gjøres gjeldende.<sup>199</sup> I et par saker har likevel EU-domstolen gitt uttrykk for at forordninger har direkte virkning etter EØS-avtalen.<sup>200</sup> Den forståelsen av artikkel 7a) som ECJ legger til grunn i disse to dommene har imidlertid blitt avfeid som en misforståelse av de fleste eksperter på EØS-rett.<sup>201</sup> Denne avfeieingen av

---

<sup>198</sup> Opinion of the Court 1/19, 14.12.1991, EU:C:1991:490, avsnitt 20

<sup>199</sup> Arnesen mfl., 2018, s.252

<sup>200</sup> Se Bekkedal, 2019, s.343 og sak C-431/11 UK v Council, avsnitt 54 og sak C-83/13 Fonnship, avsnitt 24

<sup>201</sup> Arnesen mfl., 2018, s.253

uttalelsene fra EU-domstolen som en misforståelse er imidlertid ikke uimotsagt.<sup>202</sup> Vi skal se nærmere på om det finnes holdepunkter for å si at forordninger har direkte virkning.

Som tidligere nevnt er den tradisjonelle ordlydstolkningen av EØS-avtalen artikkel 7 at «skal være eller gjøres» sikter til skillet mellom dualisme og monisme.<sup>203</sup> Kanskje er det imidlertid like naturlig å tolke utsagnet slik at «skal være» viser til forordningene i artikkel 7a) og «gjøres» viser til gjennomføring av direktiver i artikkel 7b).<sup>204</sup> Slik at forordningene har direkte virkning. Man kan kanskje innvende mot dette at det fremgår av artikkel 7a) at rettsakten skal «gjøres» til del av den interne rettsorden og at dersom det var ment at forordningene skulle gis direkte virkning så ville det ikke være nødvendig å «gjøre» noe. TEUV artikkel 288 andre ledd om forordninger bruker heller ikke formuleringen «gjøres», noe som taler for at de to bestemmelsene forstås ulikt.

Artikkel 7a) er begrunnet som en konstitusjonell nødvendighet da det ville være grunnlovsstridig å gi forordninger direkte virkning. Man kan imidlertid spørre seg om det å gi forordninger direkte virkning egentlig vil innebære en suverenitetsavståelse og myndighetsoverføring når Norge har vetorett i EØS-komiteén jf. EØS-avtalen artikkel 102(1) og artikkel 93 (2).<sup>205</sup> I tillegg foreligger det jo allerede sektormonisme på noen avgrensede områder slik som for eksempel i strafferetten og da skulle det kanskje ikke være noe prinsipielt i veien for å åpne for en slik ordning også for EØS-rettslige forordninger.<sup>206</sup> En slik ordning vil imidlertid innebære monisme på et ubestemt rettsområde, slik at det av den grunn er mer problematisk i forhold til det dualistiske prinsipp enn de begrensede ordningene vi har for sektormonisme i dag.<sup>207</sup>

Videre vil kanskje hensynet til homogenitetsmålsettingen og lojalitet tale for at forordninger burde ha direkte virkning. Sett fra Norges perspektiv, så innebærer den norske forståelsen av artikkel 7a) at forordninger har direkte virkning i alle EUs medlemsland og Liechtenstein fra det øyeblikk de er vedtatt i EØS-komiteén.<sup>208</sup> Dette innebærer en ikke ubetydelig skjevhet

---

<sup>202</sup> Se særlig Tarjei Bekkedal sin artikkel «Har forordninger direkte virkning under EØS-avtalen» fra 2019, s.342-378

<sup>203</sup> Se blant annet Bekkedal, 2019, s.351

<sup>204</sup> Se Bekkedal, 2019, s.347-348

<sup>205</sup> Se i den retning Bekkedal, 2019, s.354-356

<sup>206</sup> Se Straffeprosessloven §4 og Bekkedal, 2019, s.356 og s.359

<sup>207</sup> Se Bekkedal, 2019, s.359 med videre henvisninger. Se også NOU 2021:8, s.272. Her var det snakk om sektormonisme på trygderettens område, men dette ble ansett som et betydelig brudd på det dualistiske prinsipp og et brudd på norsk rettstradisjon. Det ville da være enda vanskeligere å svelge en generell innføring av sektormonisme for EØS-forordninger

<sup>208</sup> Se Bekkedal, 2019, s.363

mellom partene i avtalen da norske (og islandske) rettssubjekter kan påberope seg en forordning med en gang den er vedtatt i EØS-komiteen i alle EU-land og ett EØS-land uten at rettssubjekter fra EU/Liechtenstein kan gjøre det samme her.<sup>209</sup> I tillegg er valget av forordning som lovgivningsform nettopp begrunnet i homogenitetshensyn og ønsket om en helhetlig, identisk og samtidig iverksettelse av regelverket.<sup>210</sup> Man kan kanskje argumentere med at krav om inkorporering av slike rettsakter kan hindre dette. På den andre siden vil en inkorporering av forordninger neppe innebære endringer som kan true homogenitetsmålsettingen da det ikke er handlingsrom til å foreta endringer.

Til sist ville det løst en del praktiske problemer dersom forordninger hadde direkte virkning. Tidsforskyvning og medfølgende etterslep ved gjennomføring av forordninger ville ikke vært et tema og forutberegneligheten til aktørene ville ofte vært bedre sikret.<sup>211</sup>

Selv om det fremdeles er bred konsensus om at det er den tradisjonelle forståelsen av artikkel 7a) som gjelder så er slike betraktninger som utfordrer det tradisjonelle synet nyttige. Den tradisjonelle tenkemåten er sjeldent blitt utfordret og man har ikke nødvendigvis gått nok i dybden på materien. Suverenitetsbetraktninger sammen med konstitusjonspolitiske hensyn gjør seg på dette område gjeldende med stor styrke, noe som kan være med på å skygge for de reelle juridiske skrankene.<sup>212</sup> Argumenter som utfordrer slike, satte juridiske tolkninger er verdifulle all den tid det kan åpenbare løsninger man ikke har sett tidligere. Dersom det kan aksepteres at forordninger har direkte virking i norsk rett ville dette kanskje løst deler av den utfordringen implementeringen av forordninger representerer.

Spørsmålet om forordninger har direkte virking eller ikke vil imidlertid i liten grad ha betydning for rettsikkerheten og tilgjengeligheten av regelverket. Mye av det som gjør forordningene vanskelig tilgjengelig er deres komplekse natur og at de er vanskelige å forene med norsk retts-teknikk. Dette blir en større utfordring jo større mengder forordninger som kommer. Da er vi nok imidlertid i godt selskap sammen med mange andre av EUs medlemsstater. Spørsmålet er om det finnes måter man kan gjøre regelverket mer tilgjengelig og dermed bedre rettsikkerheten.

---

<sup>209</sup> Se nærmere Bekkedal, 2019, s.363

<sup>210</sup> Se Bekkedal, 2019, s.363

<sup>211</sup> Se Bekkedal, 2019, s.367-369. For en grundigere gjennomgang viser jeg til Bekkedal sin framstilling i artikkelen «Har forordninger direkte virkning under EØS-avtalen?» fra 2019, s.342-378

<sup>212</sup> Se blant annet Bekkedal, 2019, s.345, s.353 og s.376-377

### 4.3 Tiltak for å bedre tilgjengeligheten

At regelverket blir utilgjengelig skyldes, som vi har sett, i stor grad at den norske rettstradisjonen og EUs lovgivningsteknikk ikke er forenelige. For å lette tilgjengeligheten til regelverk som inneholder EØS-lovgivning er det de senere år blitt skissert en rekke mulige løsninger. Blant annet så skisserer NOU 2021:8 om trygd over landegrensene og rapporten «Departementenes EØS-arbeid» fra 2021 flere mulige løsninger for å bedre tilgjengeligheten og dermed rettssikkerheten på områder berørt av EØS-regelverk. Selv om både NOU-en fra 2021 og rapporten er utarbeidet i skyggen av NAV-saken vil likevel mange av løsningene være overførbare til situasjonen på finanstillsynsområdet. Felles for løsningene er imidlertid at ingen av de er ideelle, men har hver sine positive og negative sider. Vi skal kort se nærmere på noen av de løsningene som er skissert.

Det har blant annet blitt foreslått at EUs sonndring mellom nivå-1 og nivå-2 regelverk skal være bestemmende for hva som skal gjennomføres i lov og forskrift.<sup>213</sup> Dette gjør regelverket mer gjenkjennelig da det bedre gjenspeiler den norske rettstradisjonen. Samtidig kan det ikke utelukkes at en del nivå-2 regler er såpass viktige at de bør gis i lovs form.<sup>214</sup> Dermed vil ikke denne løsningen være vanntett.

Det er også blitt foreslått å legge inn EØS-markører i lovverket som gjør brukeren oppmerksom på at det her finnes relevante EØS-regler som må tas i betraktning og samtidig gir varsel om at EØS-rettslig metode må anvendes.<sup>215</sup> Dette kan, sammen med veiledning i forarbeidene, gjøre det lettere for brukerne å finne frem til og forutsi sin rettslige status. Det er imidlertid vanskelig å gjøre slike markører uttømmende og man risikerer dermed at andre viktige bestemmelser overses dersom de ikke er nevnt.<sup>216</sup> Slike markører er viktigst der de retter seg mot rettssubjekter som ikke har forutsetninger til å orientere seg i og forstå sammenhengene i regelverkets fragmentariske struktur på samme måte som profesjonelle aktører.<sup>217</sup>

---

<sup>213</sup> Se NOU 2021:8, s.269 med videre henvisning

<sup>214</sup> Se NOU 2021:8, s.269

<sup>215</sup> Se NOU 2021:8, s.286-289, se også Interdepartemental arbeidsgruppe, s.86-89

<sup>216</sup> NOU 2021:8, s.287 med videre henvisning til Justis- og politidepartementets veileder *Lovteknikk og lovforberedelse*

<sup>217</sup> NOU 2021:8, s.287 med videre henvisning til Justis- og politidepartementets veileder *Lovteknikk og lovforberedelse*

Kanskje vil en mer aktiv deltagelse i regeldannelsesprosessen gjøre at man i større grad kunne påvirke det regelverket som vedtas og da foreslå grep som kunne bedre tilgjengeligheten av regelverket her i Norge.<sup>218</sup> Det er nok imidlertid lite trolig at man vil få gehør for norske regeltekniske innspill ved utarbeidelse av EU/EØS-regelverk. Særlig gjelder dette for forordninger som nettopp skal ha lik utforming i alle nasjoner. Desto mindre påvirkning vil man ha på finanstilsynsbyråenes utarbeidelse av utkast til nivå-2 regelverk da byråene uansett være bundet av kravet om uavhengighet etter opprettellesforordningene artikkel 42 slik at nasjonale hensyn ikke har noen plass.

Videre kan et kunnskapsløft i forvaltningens EØS-rettslige kompetanse, gjennom særlig utarbeidelse og oppdatering av veiledere og instruksjer, hjelpe på forståelsen av regelverket.<sup>219</sup> Slike veiledere kan være et godt hjelpemiddel som kan bedre tilgjengeligheten og forståelsen for de som skal orientere seg i EØS-relaterte saker.<sup>220</sup> Ifølge rapporten «Departementenes EØS-arbeid» er det særlig viktig med bedre veiledning i forbindelse med innlemmelsesprosessen i EØS og nasjonal gjennomføring av EØS-rett.<sup>221</sup> At dette er et behov kom blant annet frem i en høringsuttalelse fra Finanstilsynet der de nettopp ba om endringer i og oppdatering av utredningsinstruksen for å bedre tilgjengeligheten til regelverket og for å øke kompetansen om regelverksprosessen i EØS.<sup>222</sup> Videre vil et EØS-rettslig kunnskapsløft bedre kunne sikret at nasjonalt initiert regelverk ikke strider mot EØS-retten.<sup>223</sup>

---

<sup>218</sup> Interdepartemental arbeidsgruppe, 2021, s.57-58 se ellers s.55-63

<sup>219</sup> Interdepartemental arbeidsgruppe, 2021, s.107, se ellers s.107-113

<sup>220</sup> Interdepartemental arbeidsgruppe, 2021, s.14, se også s.115-118

<sup>221</sup> Interdepartemental arbeidsgruppe, 2021, s.116

<sup>222</sup> Finanstilsynet, 2021, s.1 det ble her vist til rapporten fra Interdepartemental arbeidsgruppe

<sup>223</sup> Interdepartemental arbeidsgruppe, 2021, s.11 og 92 se ellers s.91-93

## 5 Avsluttende betraktninger

### 5.1 Oppsummering og funn

EØS-retten tar i dag større plass og favner bredere enn det de fleste hadde sett for seg ved inngåelsen av avtalen i 1992. Det skal i dag godt gjøres å finne et rettsområde der EØS-retten ikke er et tema.<sup>224</sup> Når store mengder fremmed rett skal gjennomføres i det norske rettssystemet og vi samtidig ikke har et ideelt apparat eller system for å møte dette, risikerer man ikke bare å svikte i sin plikt til gjennomføring etter EØS-avtalen. Man risikerer også å svekke rettsikkerheten når regelverket blir mer komplekst og utilgjengelig.

Gjennomgangen viser at utfordringene i stor grad kan knyttes til byråfiseringen av EU og som en konsekvens av dette, den økte bruken av forordninger. Finanstilsynsbyråenes vide myndigheter til å treffe rettslig bindende vedtak, utarbeide utkast til rettslig bindende regelverk og mulighet til å danne retningslinjer og anbefalinger genererer store mengder regelverk som Norge etter sin tilknytning til EUs finanstilsyn i 2016 er forpliktet til å følge. Dermed oppstår problemstillingen om hvordan Norge håndterer dette. Problemstillingen knytter seg særlig til forordninger som vi har sett at byråene indirekte er store produsenter av. Gjennomgangen har vist at det er svakheter med det systemet vi har i Norge i dag. Som et resultat kan både markedsintegrasjonen og brukerens rettssikkerhet stå i fare.

Selv om det er vanskelig å gjøre noe med mengden regelverk fra EU vil flere av de skisserte løsningene utvilsomt bedre tilgjengeligheten av EØS-regelverket. Felles for disse løsningene, eller forbedringene, er imidlertid at de ser ut til å fungere mer som smertelindring på den grunnleggende utfordringen det er å forene to rettssystemer som vanskelig lar seg forene.

---

<sup>224</sup> Se nærmere NOU 2012: 2, s.118 og kap 7.3.3

# Litteraturliste

## Norske rettskilder:

### **Lover:**

- Lov 22. mai 1981 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven).
- Lov 27. november 1992 nr.109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS) m.v. (EØS-loven).
- Lov 29. juni 2007 nr.75 om verdipapirhandel (verdipapirhandel).
- Lov 17. juni 2016 nr.30 om EØS-finanstilsyn.
- Lov 15. mars 2019 nr.6 om verdipapirsentraler og verdipapiroppgjør mv. (verdipapirsentralloven).
- Lov 20. november 2020 nr.128 om revisjon og revisorer (revisorloven).

### **Forarbeider og offentlige dokumenter:**

- NOU 2012: 2. Utenfor og innenfor Norges avtaler med EU.
- Prop. 100 S (2015-2016). Samtykke til 1) deltagelse i åtte beslutninger i EØS-komiteen om innlemmelse i EØS-avtalen av rettsaktene som etablerer EUs finanstilsynssystem og enkelte andre rettsakter, 2) overføring av myndighet til å utøve beføyelser med direkte virkning i Norge til EFTAs overvåkningsorgan og EFTA-domstolen ved fremtidig innlemmelse i EØS-avtalen av forordning (EU) nr. 600/2014, forordning (EU) nr. 1286/2014 og forordning (EU) nr. 2015/2365.
- NOU 2020: 9. Blindsonen granskning av feilpraktiseringen av folketrygdlovens oppholdskrav ved reiser i EØS-området.
- NOU 2021: 8. Trygd over landegrensene gjennomføring og synliggjøring av Norges trygdekoordineringsforpliktelser.

- Meld. St. 14 (2017-2018). Finansmarkedsmeldingen 2018.
- Meld. St. 31 (2020-2021). Finansmarkedsmeldingen 2021.
- Justis- og politidepartementet. «Lovteknikk og lovforberedelse – Veiledning om lov- og forskriftsarbeid», G-2000-9001 (G-0027).
- Utenriksdepartementet. «EU/EØS-håndboken», 2016.
- Hertzberg, Ingrid. «Om Norges tilknytning til EUs finansbyråer», Stortingets utredningsseksjon [Perspektiv 03/17], 2017.
- Interdepartemental arbeidsgruppe med medlemmer fra Justis- og beredskapsdepartementet, Utenriksdepartementet og Finansdepartementet, «Departementenes EØS-arbeid», Juni 2021  
<https://www.regjeringen.no/contentassets/66bfc3cfe6564edfb3d0de236aa328cb/departementenes-eos-arbeid.pdf>
- Finanstilsynet. Forslag til endring i utredningsinstruksen – høringsuttalelse. 2021.  
<https://www.regjeringen.no/contentassets/eac11049347c4127b24a59d761bd3cdc/finansstilsynet.pdf?uid=Finanstilsynet>

### **Rettsavgjørelser:**

- HR-2021-1453-S

### **EU/EØS rettskilder:**

#### **Traktater og forordninger:**

- Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet, 2. mai 1992 (EØS-avtalen).
- Traktaten om den Europeiske Union (TEU). Konsolidert utgave 2016 (2016/C 202/01).
- Traktaten om den Europeiske Unions Virkemåte (TEUV). Konsolidert utgave 2016 (2016/C 202/01).



- Europaparlamentets- og Rådsforordning (EU) nr. 1093/2010 av 24. november 2010 om opprettelse av en europeisk tilsynsmyndighet (Den europeiske banktilsynsmyndighet), om endring av beslutning nr.716/2009/EF og om oppheving av kommisjonsbeslutning 2009/78/EF.
- Europaparlamentets- og Rådsforordning (EU) nr. 1094/2010 av 24. november 2010 om opprettelse av en europeisk tilsynsmyndighet (Den europeiske tilsynsmyndighet for forsikring og tjenestepensjoner), om endring av beslutning nr.716/2009/EF og om oppheving av kommisjonsbeslutning 2009/79/EF.
- Europaparlamentets- og Rådsforordning (EU) nr. 1095/2010 av 24. november 2010 om opprettelse av en europeisk tilsynsmyndighet (Den europeiske verdipapir- og markedstilsynsmyndighet), om endring av beslutning nr.716/2009/EF og om oppheving av kommisjonsbeslutning 2009/77/EF.
- Europaparlamentets- og Rådsforordning (EU) nr. 1022/2013 av 22. oktober 2013 om endring av forordning (EU) nr. 1093/2010 om opprettelse av en europeisk tilsynsmyndighet (den europeiske banktilsynsmyndighet) med hensyn til tildeling av særskilte oppgaver til Den europeiske sentralbank i henhold til rådsforordning (EU) nr. 1024/2013.
- Europaparlamentets- og rådsforordning (EU) 2019/2175 av 18. desember 2019 om endring av forordning (EU) nr. 1093/2010 om opprettelse av en europeisk tilsynsmyndighet (Den europeiske banktilsynsmyndighet), forordning (EU) nr. 1094/2010 om opprettelse av en europeisk tilsynsmyndighet (Den europeiske tilsynsmyndighet for forsikring og tjenestepensjoner), forordning (EU) nr. 1095/2010 om opprettelse av en europeisk tilsynsmyndighet (Den europeiske verdipapir- og markedstilsynsmyndighet), forordning (EU) nr. 600/2014 om markeder for finansielle instrumenter, forordning (EU) 2015/760 om europeiske langsiktige investeringsfond, forordning (EU) 2016/1011 om indekser som brukes som referanseverdier for finansielle instrumenter og finansielle kontrakter eller for å måle investeringsfonds resultater, og forordning (EU) 2015/847 om opplysninger som skal følge pengeoverføringer.

- Europaparlamentets- og rådsforordning (EU) nr. 236/2012 av 14. mars 2012 om shortsalg og visse sider ved kredittbytteavtaler.

### **Rettspraksis fra EU-domstolen:**

- Case C-9/56 Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, SpA v High Authority of the European Coal and Steel Community, ECLI:EU:C:1958:7, 13.06.1958.
- Case C-98/80 Guiseppe Romano v Institut d'assurance maladie-invalidité, ECLI:EU:C:1981:104, 14.05.1981.
- Case C-272/83 Commission of the European Communities v Italian Republic, ECLI:EU:C:1985:147, 28.04.1985.
- Case C-431/11 United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v Council of the European Union, ECLI:EU:C:2013:589, 26.09.2013.
- Case C-270/12 United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v European Parliament and Council of the European Union, ECLI:EU:C:2014:18, 22.01.2014.
- Case C-83/13 Fonnship A/S v Svenska Transportarbetareförbundet and Facket för Service och Kommunikation (SEKO), ECLI:EU:C:2014:2053, 08.07.2014.
- Case C-911/19 Fédération bancaire française(FBF) v Autotité de contrôle prudentiel et de résolution(ACPR), ECLI:EU:C:2021:599, 15.06.2021.

### **Innstilling fra Generaladvokaten:**

- Opinion of Advocate General Bobek on case C-911/19 Fédération bancaire française(FBF) v Autotité de contrôle prudentiel et de résolution(ACPR), ECLI:EU:C:2021:294, 15.04.2021

### **Uttalelse fra EU-domstolen:**

- Opinion of the Court 1/19, 14.12.1991, EU:C:1991:490

## Vedtak fra ESA:

- EFTA Surveillance Authority delegated decision of 27 July 2018 to register Nordic Credit Rating AS as a credit agency, decision no: 071/18/COL

## Litteratur:

- Andenas, Mads (red.) og Gudula Deipenbrock. *Regulating and supervising european financial markets: More risks than achievements*, Cham: Springer International Publishing AG, 2016, <https://www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/financial-market-regulation/events/andenas-2016-international-financial-market-regulation-institutions-and-efficiency.pdf>
- Arnesen, Finn (red.), Halvard Haukeland Fredriksen (red.), Hans Petter Graver (red.), Ola Mestad (red.) og Christoph Vedder (red.). *Agreement on the european economic area: A commentary*, Oslo: Universitetsforlaget, 2018.
- Arnesen, Finn. «EØS-elefanten i rommet». *Jussens Venner* vol.56, nr.4 (2021) s.230-266.
- Barlund, Ingrid Margrethe Halvorsen. «ESA som tilsynsmyndighet av finansielle teneste i den indre marknad». *Lov og Rett* vol.59, nr.5 (2020) s.261-273.
- Bekkedal, Tarjei og Ingrid Hertzberg. «Suverenitet og homogenitet: Om Norges tilslutning til EUs finansbyråer (I)». *Lov og Rett* vol.57, nr.3 (2018) s.131-157.
- Bekkedal, Tarjei. «Third state participation in EU agencies: exploring the EEA precedent». *Common Market Law Review* Vol.56, nr.2 (2019) s.381-416.
- Bekkedal, Tarjei. «Har forordninger direkte virkning under EØS-avtalen?». *Tidsskrift for Rettsvitenskap* vol.132, nr.3-4 (2019) s.342-378.
- Busuioc, Madalina. «Rule-making by the European financial supervisory authorities: walking a tight rope». *European Law Journal: review of European law in context* vol.19, nr.1 (2013) s.111-125.

- Chamon, Merijn. «EU agencies between Meroni and Romano or the devil and the deep blue sea». *Common Market Law Review* vol.48, nr.4 (2011) s.1055-1075.
- Craig, Paul. *EU administrative law*. 3.utg., Oxford: Oxford University Press, 2018.
- Franklin, Christian. «Om innholdet i og rekkevidden av det EØS-rettslige prinsippet om direktivkonform fortolkning». *Jussens Venner* vol.47, nr.5 (2012) s.269-317.
- Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen. *EØS-rett*. 2.utg., Bergen: Fagbokforlaget, 2014.
- Fredriksen, Halvard Haukeland. «EU-byråene, Grunnloven og EØS-avtalens bærekraft». *Tidsskrift for forretningsjus* vol.24 nr.1 (2018) s.3-12.
- Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen. *EØS-rett*. 4.utg., Bergen: Fagbokforlaget, 2022.
- Hertzberg, Ingrid og Tarjei Bekkedal. «Kompetanse uten kontroll? Om Norges tilslutning til EUs finansbyråer (II)». *Lov og Rett* vol.57, nr.4 (2018) s.205-226.
- Migliorati, Marta. «Relying on agencies in major European Union legislative measures». *West European Politics* vol.43, nr.1 (2020) s.159-180.
- Moloney, Niamh. «The European Securities and Markets Authority and institutional design for the EU financial market – a tale of two competences: Part (1) rule-making». *European Business Organization Law Review* Vol.12, nr.1 (2011) s.41-86.
- Moloney, Niamh. «The European Securities and Markets Authority and institutional design for the EU financial markets – a tale of two competences: Part (2) rules in action». *European Business Organization Law Review* Vol.12, nr.2 (2011) s.177-225.
- Schemmel, Jakob. «The ESA guidelines: soft law and subjectivity in the European financial market – capturing the administrative influence». *Indiana Journal of Global Legal Studies* Vol.23, nr.2 (2016) s.455-504.
- Scholten, Miroslava og Marloes van Rijsbergen. «The ESMA – short selling case: erecting a new delegation doctrine in the EU upon the Meroni – Romano remnants». *Legal Issues of Economic Integration* Vol.41, nr.4 (2014) s.389-405.

- Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad og Olav Kolstad. *EØS-rett*. 3.utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2014.
- van Rijsbergen, Marloes. «On the enforceability of EU agencies' soft law at the national level: the case of the European securities and markets authority». *Utrecht Law Review* vol.10, nr.5 (2014) s.116-131.
- Weismann, Paul, *European agencies and risk governance in EU financial market law*, London: Routledge, 2016

## **Medieoppslag:**

- EFTA Surveillance Authority. «ESA takes Iceland to court over failure to transpose financial services acts», 23. mars 2022, press release number: PR(22)23, <https://www.eftasurv.int/newsroom/updates/esa-takes-iceland-court-over-failure-transpose-financial-services-acts>
- Langberg, Øystein Kløvstad. «Propp i EØS-systemet gjør norske banker bekymret. Nå drar Siv Jensen til Brussel for å få oppmerksomhet». *Aftenposten*, 21. september 2017, <https://www.aftenposten.no/verden/i/2Qa5x/propp-i-eoes-systemet-gjoer-norske-banker-bekymret-naa-drar-siv-jensen-t>
- Stortinget. «Status for EØS-samarbeidet: etterslep og utestående rettsaker», *EU/EØS-nytt- 11. november 2020*, <https://www.stortinget.no/no/Hva-skjer-pa-Stortinget/EU-EOS-informasjon/EU-EOS-nytt/2020/eueos-nytt---11.-november-2020/status-for-eos-samarbeidet-etterslep-og-utestaende-rettsaker/>
- Vermnes, Thomas. «Én mann i ESA skal regjere over finanstilsynene i Norge, Island og Liechtenstein». *ABC Nyheter*, 28. mai 2016, <https://www.abcnyheter.no/nyheter/politikk/2016/05/28/195219596/en-mann-i-esa-skal-regjere-over-finanstilsynene-i-norge-island-og-liechtenstein>