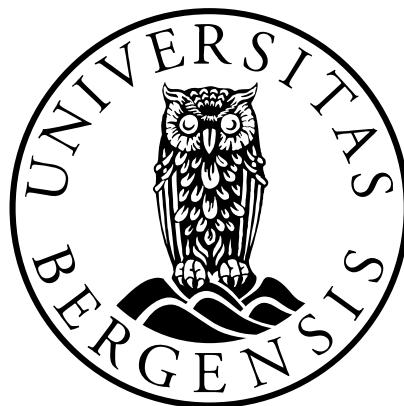


Effektiv rettsbeskyttelse under EØS/EFTA-statenes tilknytning til Det europeiske finanstilsynssystemet

Kandidatnummer: 101

Antall ord: 35859



JUS397 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

17. juli 2020

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
1.1 Overordnet problemstilling og tema.....	3
1.2 Overnasjonal myndighetsutøvelse i Det europeiske finanstilsynssystemet og EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell	6
1.2.1 Overordnet om Det europeiske finanstilsynssystemets utforming i EU-pilaren..	6
1.2.2 EØS/EFTA-statenes tilknytning til Det europeiske finanstilsynssystemet	9
2 Rettskilder og metode.....	12
2.1 Rettskilder.....	12
2.1.1 Analyser av gjeldende rett.....	12
2.1.2 Overordnet om kilder	13
2.1.3 Særlig om forholdet mellom ODA og EØS-avtalen	16
2.2 Særlig om fortolkning av ODA	17
2.2.1 Homogenitetsprinsippets betydning ved fortolkning av ODA.....	17
2.2.2 Særlig om betydningen av prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse ved fortolkning av ODA	19
2.3 Særlig om rettskilder for fastlegging av innholdet i prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse	23
2.3.1 EU-domstolens praksis og forholdet mellom det ulovfestede prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse og EUs Charter om grunnleggende rettigheter.....	23
2.3.2 Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) og praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD)	24
3 Prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse	27
3.1 Overordnet om prinsippets anvendelse, virkeområde og innhold	27
3.2 Rett til etterfølgende kontroll i et kvalifisert domstolorgan	30
3.3 Rett til kontradiksjon	32
3.4 Rettsvirkning ved brudd på prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse: Hva skjer ved motstrid?.....	34
4 Rettslig bindende vedtak under EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell	38
4.1 Overordnet om ESAs vedtak mot finansmarkedsaktører	38
4.2 Oppgavefordelingen mellom ESA og EU-finanstilsynene under utkastmodellen	40
5 EFTA-domstolens kompetanse til å overprøve finansfaglige vurderinger	45

5.1	Innledning	45
5.2	Klagenemndens kontroll med finansfaglige vurderinger	50
5.3	Kan terskelen «åpenbart uriktig skjønnsbruk» nyanseres i lys av prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse, i EFTA-pilaren?	57
5.3.1	Legalitetskontroll med finansfaglige vurderinger i lys av EMK artikkel 6 (1): EFTA-domstolens avgjørelse i <i>Posten Norge</i> -saken	57
5.3.2	EFTA-domstolens overprøvingsadgang der vedtaket aktiverer det straffeprosessuelle vernet i EMK artikkel 6	61
5.3.3	EFTA-domstolens overprøvingsadgang der vedtaket <i>ikke</i> aktiverer det straffeprosessuelle vernet i EMK artikkel 6	65
6	Utkastmodellen: Kontradiksjonsrett og EFTA-domstolens faktiske prøvingsgrunnlag ..	69
6.1	Innledning	69
6.2	ESAs begrunnelsesplikt	71
6.2.1	ODA artikkel 16	71
6.2.2	Skal ESA gjøre utkastet fra EU-finanstilsynet tilgjengelig som del av vedtakets begrunnelse?	72
6.3	ESAs bevisføringsplikt	74
6.3.1	Bevisreglene i EFTA-domstolens rettergangsprosedyre og i lys av EMK artikkel 6 (1)	74
6.3.2	Tilsier prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse at utkastet skal gjøres tilgjengelig som del av ESAs bevisførsel?	78
6.4	Fare for ansvarspulverisering?	82
7	Adgang til EUs organer for kontroll med EU-finanstilsynenes utkast?	86
7.1	Innledning	86
7.2	Har EU-finanstilsynenes Klagenemnd og EU-domstolen kompetanse til å prøve EU-finanstilsynenes utkast?	87
7.3	To-pilarmodellens betydning	92
8	Konklusjon og avsluttende refleksjoner	96
	Litteratur	99
	Kilderegister	102

1 Innledning

1.1 Overordnet problemstilling og tema

Masteroppgavens overordnede problemstilling er om finansmarkedsaktører i Norge har effektiv rettsbeskyttelse mot rettslig bindende vedtak fra EFTAs overvåkingsorgan (ESA) under EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell til Det europeiske finanstilsynssystemet. ESA har siden 2016 hatt særskilte oppgaver for kontroll og håndhevelse av EØS-avtalens finansmarkedsregler.¹ Dette innebærer blant annet myndighet til å treffe rettslig bindende vedtak direkte mot private finansmarkedsaktører i Norge og de øvrige EØS/EFTA-statene.² Offentligrettslig bindende forvaltningsmyndighet ble med dette flyttet fra nasjonalt til overnasjonalt nivå. Formålet var å etablere et institusjonelt rammeverk i EFTA-pilaren som kunne speile det overnasjonale nivået i EU-pilarens utforming av Det europeiske finanstilsynssystemet.³ I medhold av det EØS-rettslige prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse har alle private markedsaktører krav på et minimum av rettsvern mot inngrep i sine EØS-baserte rettigheter.⁴ Dette innebærer en rekke prosessuelle rettigheter, i tilknytning til ESAs vedtak og ved etterfølgende kontroll av vedtaket.

Det er to særtrekk ved EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell til Det europeiske finanstilsynssystemet som har aktualisert oppgavens overordnede spørsmål om hvorvidt effektiv rettsbeskyttelse er ivaretatt, og som skal analyseres i denne oppgaven.

Det første særtrekket omhandler hvordan ESA treffer vedtak mot private markedsaktører på finansmarkedsrettens område. Til forskjell fra på andre rettsområder, som konkurranseretten og statsstøtteretten, skal ESAs vedtak på finansmarkedsrettens område være basert på utkast fra et av tre EU-byråer som fungerer som overnasjonale finanstilsyn i EU under Det europeiske finanstilsynssystemet (heretter EU-finanstilsynene).⁵ I oppgaven omtales denne beslutningsprosedyren, der ESAs vedtak baserer seg på utkast, også som «utkastmodellen».

¹ Jf. Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et kontrollorgan og en domstol a 2. mai 1992 [heretter ODA], artikkel 25a og Protokoll 8 med henvisning til Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde [heretter EØS-avtalen] vedlegg IX.

² EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell til Det europeiske finanstilsynssystemet er gjennomført i Norge ved Lov 17. juni 2016 nr. 30 om EØS-finanstilsyn.

³ Det europeiske finanstilsynssystemet og EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell forklares nærmere i punkt 1.2.

⁴ Se punkt 2.2.2 og kapittel 3.

⁵ Jf. ODA Protokoll 8 artikkel 3 (1). EU-finanstilsynene presenteres nærmere i punkt 1.2.

Bakgrunnen for utkastmodellen var på den ene siden å unngå suverenitetsoverføring til EUs organer (to-pilarsystem) og på den andre siden sikre at EU-finanstilsynenes «ekspertise» ble utnyttet også i EFTA-pilaren.⁶ Under forhandlingene i EØS-komiteen ble imidlertid ikke spørsmålet om hvilken betydning utkastmodellen ville få for finansmarkedsaktørens prosessuelle rettigheter fremhevet. Gjennomgående legges det ikke opp til at utkastet skal utgjøre en formell del av vedtaket som ESA treffer.⁷ Min oppfatning er at det derfor ikke ble ansett som nødvendig å undersøke særskilt hvilken betydning utkastmodellen ville få for finansmarkedsaktørene som kan bli gjenstand for direkte bindende vedtak fra ESA. Samtidig har utkastene en høyst reell betydning for ESAs vedtak.⁸ Verken EØS-avtalen eller ODA utdyper hva utkastene skal inneholde, men i den norske vedtakelsesproposisjonen til gjennomføring av tilknytningsmodellen i norsk rett påpeker Utenriksdepartementet at EU-finanstilsynene skal oversende ESA et utkast «når tiltak overfor myndigheter eller finansmarkedsdeltakere i EØS/EFTA-statene anses nødvendig og hensiktsmessig og når de rettslige vilkår for slike vedtak kan anses oppfylt».⁹ Det legges opp til at det er EU-finanstilsynene, og ikke ESA, som har ansvar for å undersøke og avdekke rettsstridig markedsaktivitet som kan aktualisere et inngripende vedtak.¹⁰ EU-finanstilsynene har tilsvarende oppgave i EU-pilaren og i tillegg er det her EU-finanstilsynene som treffer de rettslig bindende avgjørelsene. Likevel stenger To-pilarmodellen for at EU-finanstilsynenes aktivitet er gjenstand for direkte kontroll i EFTA-domstolen. I oppgaven reiser jeg spørsmål ved om utkastmodellen utfordrer finansmarkedsaktørens rett til kontradiksjon i kapittel 6.

Videre reiser oppgavefordelingen mellom ESA og EU-finanstilsynene under utkastmodellen også spørsmål om hvorvidt rett til en effektiv etterfølgende kontroll av ESAs vedtak kan foretas i tilstrekkelig grad uten adgang til en et eget klageorgan i tillegg til EFTA-domstolens legalitetskontroll. Dette er temaet i kapittel 5, og fraværet av et eget klageorgan utgjør det andre

⁶ Se Council of the European Union, «Council conclusions on the EU and EEA-EFTA Ministers of Finance and Economy», 14178/1/14 Rev 1, 14. oktober 2014, avsnitt 4) og 5) [min oversettelse], som henviser til i Council of the EEA «Conclusions adopted by the EEA Council at its 42nd meeting», EEE 1610/14 19. november 2014, avsnitt 8; Dette er også omtalt i Utenriksdepartementets forslag til stortingsvedtak i Prop. 100 S (2015–2016) om Samtykke til 1) deltakelse 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 Overvåkingsorgan og EFTA-domstolen ved fremtidig innlemmelse i EØS-avtalen av forordning (EU) nr. 600/2014, forordning (EU) nr. 1286/2014 og forordning (EU) nr. 2015/236, [heretter Prop. 100 S (2015-2016)], s. 13–14.

⁷ Se kapittel 4.

⁸ *Ibid.*

⁹ Se Prop. 100 S (2015–2016) s. 14.

¹⁰ Se kapittel 4.

særtrekket ved EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell. EØS/EFTA-statene valgte å ikke opprette et eget administrativt klageorgan for kontroll med ESAs vedtak i tillegg til etterfølgende kontroll i EFTA-domstolen. I EU-pilaren kan finansmarkedsaktører klage inn avgjørelser fra de tre EU-finanstilsynene til et eget, felles klageorgan, som i den danske språkversjonen av Opprettelsesforordningene omtales som en «Klagenævn».¹¹ I det følgende omtales denne som «EU-finanstilsynenes klagenemnd» eller «Klagenemnden». I EU-pilaren har private finansmarkedsaktører som blir gjenstand for direkte bindende vedtak fra et av EU-finanstilsynene har adgang til å få vedtaket kontrollert før saken tas til EU-domstolen. EØS/EFTA-statene så det derimot ikke som «verken hensiktsmessig eller ressursøkonomisk» å opprette en egen Klagenemnd som bare skulle føre kontroll med ESAs avgjørelser på finansmarkedsområdet, så lenge EFTA-domstolen kunne behandle slike saker.¹² ESAs bindende vedtak er imidlertid ment å speile de vedtak som EU-finanstilsynene kan treffe mot private finansmarkedsaktører i EU-pilaren.¹³ Siden slike vedtak er gjenstand for kontroll i Klagenemnden i tillegg til i EU-domstolen i EU-pilaren, er mitt spørsmål om fraværet av en slik Klagenemnd gjør at det ikke blir tilstrekkelig ivaretagelse av effektiv rettsbeskyttelse i EFTA-pilaren. Mer konkret drøfter jeg i kapittel 5 om finansmarkedsaktører får adgang til en tilstrekkelig effektiv etterfølgende kontroll av finansfaglige vurderinger som ligger til grunn for ESAs vedtak.

I kapittel 1.2 skal jeg forklare overordnet hva Det europeiske finanstilsynssystemet er, og hva EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell går ut på. Det er disse forholdene som begrunner rammene og bakgrunnen for ESAs kompetanse under tilknytningsmodellen, og utgjør grunnleggende utgangspunkter for oppgavens analyser og drøftelser.

¹¹ Se Europaparlamentets og Rådets forordning (EU) Nr. 1093/2010 av 24. november 2010 «om opprettelse af en europæisk tilsynsmyndighed (Den Europæiske Banktilsynsmyndighed)» [EBA] artikkel 60; Europaparlamentets og Rådets forordning (EU) Nr. 1094/2010 av 24. november 2010 «om opprettelse af en europæisk tilsynsmyndighed (Den Europæiske Tilsynsmyndighed for Forsikrings- og Arbejdsmarkedspensionsordninger)» [EIOPA] artikkel 60; Se Europaparlamentets og Rådets forordning (EU) Nr. 1095/2010 av 24. november 2010 «om opprettelse af en europæisk tilsynsmyndighed (Den Europæiske Værdipapir- og Markedstilsynsmyndighed)» [ESMA] artikkel 60. De tre forordningene omtales samlet som «Opprettelsesforordningene», om begrunnelsen for dette, se 2.1.2.

¹² Prop. 100 S (2015–2016) s. 15.

¹³ Se kapittel 4.

1.2 Overnasjonal myndighetsutøvelse i Det europeiske finanstilsynssystemet og EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell

1.2.1 Overordnet om Det europeiske finanstilsynssystemets utforming i EU-pilaren

Et sentralt utgangspunkt for oppgavens analyser er den rollen som de overnasjonale EU-finanstilsynsmyndighetene har i Det europeiske finanstilsynssystemet, og hvilken rolle ESA er tillagt som overnasjonal tilsynsmyndighet i EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell. I punkt 1.2.1 skal jeg skissere de overordnede hovedtrekkene ved hva EØS/EFTA-statene knytter seg til. Jeg skal presentere hva Det europeiske finanstilsynssystemet er, og hvilken rolle overnasjonale finanstilsyn skal ha. I punkt 1.2.2 skal jeg utdype hvordan EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell ble utformet for å tydeliggjøre hvilke tilpasninger EØS/EFTA-statene gjorde. Det er dette som utgjør særtrekkene som er gjenstand for analyse senere i oppgaven.

Det europeiske finanstilsynssystemet er betegnelsen på et system bestående av forskjellige aktører som er bundet sammen gjennom sekundærrettsakter i EU.¹⁴ Sentralt her står de tre forordningene som oppretter de tre overnasjonale EU-finanstilsynene (Opprettelsesforordningene).¹⁵ I Opprettelsesforordningenes fortaler beskrives Det europeiske finanstilsynssystemet som et tett integrert nettverk av nasjonale og overnasjonale tilsynsmyndigheter for finanssektoren i EUs indre marked.¹⁶ Hovedformålet er å sikre finansiell stabilitet og tillit til det helhetlige finanssystemet, samtidig som tilstrekkelig beskyttelse av brukere og forbrukere av finansielle tjenesteytelser ivaretas på best mulig måte.¹⁷

Et særtrekk ved Det europeiske finanstilsynssystemet er at det i større grad enn tidligere harmoniserer hvordan nasjonale finanstilsynsmyndigheter skal utføre tilsynsvirksomheten sin. Dette gjelder både for fortolkning og håndhevelse av EU-rettslige

¹⁴ Det finnes ingen egen rettsakt som særskilt gjelder opprettelsen av Det europeiske finanstilsynssystemet, men en rekke rettsakter viser til «the European System for Financial Supervision», forkortet til ESFS, se bl.a. Europaparlamentets og Rådets Forordning (EU) 1092/2010 av 24. november 2010 «om makrotilsyn på EU-plan med det finansielle system og om opprettelse af et europæisk udvalg for systemiske risici» [ESRB]; Europaparlamentet og Rådets forordninger (EU) 1093/2010, (EU) 1094/2010 og (EU) 1095/2010 [Opprettelsesforordningene]. Se videre rettsakter som oppgitt i nevnte forordningers artikkel 2 nr. 1.

¹⁵ Se forordninger (EU) 1093/2010, (EU) 1094/2010 og (EU) 1095/2010 [Opprettelsesforordningene].

¹⁶ *Ibid.* Se fortalenes niende bemerkning.

¹⁷ *Ibid.* jf. artikkel 2 nr. 1.

finansmarkedsbestemmelser.¹⁸ Bakgrunnen for dette var finanskrisen i 2007 og 2008. Finanskrisen avdekket en rekke mangler ved de gjeldende tilsynsordningene.¹⁹ Man så at det felles EU-rettslige finansmarkedsregelverket ble ulikt fortolket og praktisert av nasjonale tilsynsmyndigheter i forskjellige EU-land, og at det fantes ikke gode nok ordninger for samarbeid mellom tilsynsmyndighetene på tvers av grensene.²⁰ Derfor besluttet EU at det var nødvendig å revidere og harmonisere gjeldende ordninger for tilsyn med europeiske finanssystemer etter finanskrisen. Det ble besluttet å opprette et nytt felleseuropeisk finanstillsynssystem, med formål om «... at forbedre kvaliteten af og konsekvensen i det nationale tilsyn, styrke kontrollen med grænseoverskridende koncerner og indføre et fælles europeisk regelsæt for alle finansielle institutioner på det indre marked».²¹

Totalt sett består Det europeiske finanstillsynssystemet av et nasjonalt nivå, som utgjør nasjonale finanstillsynsmyndigheter i EU-medlemsstatene, og et overnasjonalt nivå, som består av et EU-byrå for overvåkning av systemrisiko, den europeiske sentralbanken og de tre EU-finanstillsynene.²² Av disse aktørene er det EU-finanstillsynene som er av interesse for oppgavens analyser.²³ De tre EU-finanstillsynene er også opprettet som EU-byråer, og beskrives som «europæiske tilsynsmyndigheder». Det er disse som utgjør ESAs motstykke som overnasjonale organer for håndheving av finansmarkedsreglene overfor EUs medlemsstater og private rettssubjekter.²⁴ Det må likevel understrekes at det i det daglige ikke er EU-finanstillsynene men i stedet nasjonale tilsynsmyndigheter som har den direkte kontakten og håndhevingsmyndigheten overfor finansinstitusjonene.²⁵ Den økte harmoniseringen som finanstillsynssystemet sikter mot kommer derfor hovedsakelig til uttrykk gjennom felleseuropeisk regulering av finansmarkedsaktivitet og felles nasjonal tilsynspraksis som koordineres av de overnasjonale EU-finanstillsynene gjennom reguleringsmessige og tekniske tilsynsstandarder. I noen tilfeller har EU-finanstillsynene imidlertid myndighet til å gripe inn direkte overfor private finansmarkedsaktører, uten at det nasjonale tilsynsnivået er innblandet.

¹⁸ *Ibid.* se artikkel 1 nr. 2 som angir relevante finansmarkedsrettsakter.

¹⁹ *Ibid.* se fortalenes første bemerkning.

²⁰ *Ibid.* se fortalenes åttende bemerkning.

²¹ *Ibid.* se fortalenes femte bemerkning.

²² *Ibid.* artikkel 2 nr. 2, se også fortalene niende bemerkning.

²³ For omtale av rollene til henholdsvis ESRB og den europeiske sentralbanken, se Hertzberg, Ingrid og Tarjei Bekkedal, «Suverenitet og homogenitet: Om Norges tilslutning til Det europeiske finanstillsynssystemet (I)», *Lov og Rett*, (2018) vol. 57 nr. 3, s. 131–157, på s. 139.

²⁴ Se forordninger (EU) 1093/2010, 1094/2010 og 1095/2010 [Opprettelsesforordningene], fortalenes tredje bemerkning.

²⁵ *Ibid.* se fortalenes niende bemerkning.

Det er denne direkte rettslig bindende myndigheten som i EFTA-pilaren er tillagt ESA, og som vil være av i fokus i oppgaven.

De tre EU-finanstilsynene har lik institusjonell oppbygging, lik myndighet og like funksjoner. Det eneste som skiller dem er at de har ansvar for ulike områder av finansmarkedsretten, henholdsvis banksektoren (EBA), forsikrings- og arbeidsmarkedspensjonsordninger (EIOPA) og verdipapirsektoren (ESMA).²⁶ EU-finanstilsynene er del av EUs overnasjonale forvaltningsapparat, men er ikke underlagt instruksjoner fra Kommisjonen eller andre organer på nasjonalt eller overnasjonalt nivå.²⁷ Dette er et karaktertrekk som EU-finanstilsynene deler med andre EU-byråer som er opprettet, og det medfører at de opptrer autonomt i utføringen av sine oppgaver og funksjoner.²⁸ Et annet fellestrekk EU-finanstilsynene deler med andre EU-byråer er at de er spesialistorganer med særskilt fagkyndig ekspertise.²⁹ Som jeg kommer tilbake til i punkt 1.2.2 har dette avgjørende betydning for oppgavefordelingen mellom ESA og de tre EU-finanstilsynene ved ESAs rettslig bindende vedtak. I EU utfører EU-byråene spesialiserte forvaltningsoppgaver, og siden 1990-tallet har EU-byråer blitt opprettet på stadig flere områder som supplement til Kommisjonens forvaltnings- og kontrolloppgaver, og for å effektivisere den felleseuropeiske forvaltningen.³⁰ Opprettelse av EU-byråer har ikke direkte forankring i EU-traktatene, men EU-domstolen har gjennom langvarig praksis anerkjent at EU-byråer kan opprettes ved sekundærlovgivning. Det er imidlertid grenser for hva slags myndighet EU-byråer kan tildeles: Beslutningsmyndigheten de er tillagt må kunne utøves innenfor klare rettslige rammer som er egnet for rettslig kontroll, uten et så stort skjønnsmessig handlingsrom at det «åbner mulighet for en virkelig økonomisk politik».³¹ Disse premisene utgjør kjerneinnholdet i den såkalte *Meroni*-doktrinen.³² Bortsett fra at *Meroni*-doktrinen danner yttergrensene for hvilken myndighet EU-byråer kan tildeles, har den ikke noen direkte betydning for EU-finanstilsynenes myndighetsutøvelse. Det følger av

²⁶ Sml. hhv. Forordning (EU) 1093/2010 artikkel 1 nr. 2, 1094/2010 artikkel 1 nr. 2 og 1095/2010 artikkel 1 nr. 2.

²⁷ EU-finanstilsynenes uavhengighet fra Kommisjonen og andre politiske organer følger av forordninger (EU) 1093/2010, 1094/2010 og 1095/2010 [Opprettelsesforordningene] artikkel 42.

²⁸ Busuioc, E. Madalina, *European Agencies – Law and Practices of Accountability*, Oxford University Press 2013, s. 21.

²⁹ *Ibid.* Se punkt 1.2.2 for utdyping.

³⁰ Se Craig, Paul *EU Administrative Law*, 3. utg. Oxford University Press, 2019, s. 156–158.

³¹ Se EU-domstolens dom i sak C-270/12 [GC] *ESMA v. United Kingdom and Northern Ireland*, 22. januar 2014, EU:C:2014:18, avsnitt 41.

³² Se EU-domstolens dom C-9/56, *Meroni mod den høje myndighed*, 13. juni 1958, EU:C:1958:7, som henvist til i dom C-270/12 [GC] *ESMA v. United Kingdom and Northern Ireland* [2014] EU:C:2014:18, avsnitt 41.

Opprettelsesforordningene og andre sekundærrettsakter hvilke oppgaver og funksjoner EU-finanstilsynene er tildelt i Det europeiske finanstilsynssystemet.

1.2.2 EØS/EFTA-statenes tilknytning til Det europeiske finanstilsynssystemet

Etter opprettelsen i EU, ble Det europeiske finanstilsynssystemet integrert i EUs nye og reviderte rettsakter om det indre markedet for kapital og finansielle tjenester.³³ Siden EU-rettsaktene om kapital- og finanstjenester er EØS-relevante, ble det nødvendig å også integrere EØS/EFTA-statene i Det europeiske finanstilsynssystemet, for å sikre EØS-avtalens målsetting om lik fortolkning og anvendelse av EØS-retten.³⁴ I EØS-komiteen var det videre enighet om at det overnasjonale tilsynsnivået som de tre EU-finanstilsynene utgjør i EU-pilaren var et svært viktig element i EUs respons til finanskrisen i 2008 og 2009: «A strong coordinated financial supervision is key to maintaining and deepening the Single Market for financial services».³⁵ Fra EUs side var det ikke aktuelt å etablere en tilknytningsmodell for EØS/EFTA-statene uten det overnasjonale tilsynsnivået.³⁶

Det ble da nødvendig å utarbeide ordninger for hvordan EFTA-pilaren skulle tilknytte seg det overnasjonale tilsynsnivået. Som nevnt i 1.2.1 er et særtrekk ved EU-finanstilsynene at de interne beslutningsorganene som gjør vurderinger og treffer avgjørelser på EU-finanstilsynenes vegne, har særskilt finansfaglig ekspertise som er nødvendig for å ivareta EU-finanstilsynenes funksjon som forvaltere av de overordnede målsettingene om stabilitet og kontinuitet i de europeiske finansmarkedene. Dette følger av sammensetningen av representanter i EU-finanstilsynenes beslutningskompetente organer, som kalles Tilsynsrådene.³⁷ Tilsynsrådene består av representanter fra nasjonale tilsynsmyndigheter, fra de øvrige EU-finanstilsynene, ESRB, og den europeiske sentralbanken. Det er representantene fra EU-medlemsstatenes nasjonale tilsynsmyndigheter som har stemmerett, og som treffer både bindende og ikke-bindende beslutninger på vegne av Tilsynsrådet.³⁸

³³ Se f.eks. Europaparlamentets og Rådets Direktiv 2013/36/EU av 26. juni 2013 «om adgang til at udøve virksomhed som kreditinstitut og om tilsyn med kreditinstitutter og investeringsselskaber» [CRD].

³⁴ Prop. 100 S (2015–2016) s. 8.

³⁵ Se Council of the European Union “Conclusions on the EU and EEA-EFTA Ministers of Finance and Economy”, 14. oktober 2014, 14178/1/14 REV 1, avsnitt 1.

³⁶ Se Prop. 100 S82015–2016) s. 12–13.

³⁷ Se forordninger (EU) 1093/2010, 1094/2010 og 1095/2010 [Opprettelsesforordningene] artikkel 40.

³⁸ *Ibid.* se artikkel 40 om Tilsynsrådets sammensetning, og artikkel 43 om Tilsynsrådets oppgaver.

ESA har derimot ikke formell finansfagkyndighet, og som påpekt i punkt 1.1, ble EU-finanstilsynenes ekspertise ansett som nødvendig for gjennomføring av det overnasjonale finansstilsynsnivået i EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell.³⁹ Dette resulterte i en løsning der EØS/EFTA-statene knyttet seg direkte inn under EU-finanstilsynene for de delene av EU-finanstilsynenes funksjoner og oppgaver som *ikke innebærer rettslig bindende beslutninger*. Av slike beslutninger kan nevnes EU-finanstilsynenes utarbeidelse av felles standarder for tilsynspraksis og fortolkning av rettsakter, som nasjonale tilsynsmyndigheter kan bruke, og som sikrer at nasjonale tilsyn kan sørge for at finansmarkedsaktørene overholder reguleringen på like vilkår.⁴⁰

ESAs rolle er å gjennomføre de oppgaver og funksjoner som derimot *innebærer rettslig bindende avgjørelser* mot EØS/EFTA-statenes nasjonale tilsynsmyndigheter og finansmarkedsaktører. Bakgrunnen for dette var at EØS/EFTA-statene ikke ville overføre suverenitet til EU-finanstilsynene, og ikke så det som hensiktsmessig eller nødvendig å opprette et nytt overnasjonalt organ som kunne speile EU-finanstilsynenes egenskaper fullt ut.⁴¹ Samtidig var det enighet i EØS-komiteen om at ESA ikke fullt ut hadde nødvendig kapasitet eller finansfagkyndighet til å treffe rettslig bindende beslutninger som overnasjonalt finansstilsynsorgan, uavhengig av EU-finanstilsynene.⁴² Derfor legger EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell opp til at ESA skal kan fatte rettslig bindende vedtak på bakgrunn av såkalte *utkast* fra et av EU-finanstilsynene.⁴³ Utkastet kommer fra det EU-finanstilsynet som i EU-pilaren har ansvar for den aktuelle delen av finanssektoren: EBA, EIOPA eller ESMA.⁴⁴ Utkastene forplikter ikke ESA til å treffe en avgjørelse, men er en nødvendig forutsetning for at ESA skal ha adgang til å treffe rettslig bindende beslutninger.⁴⁵

På samme måte som i EU-pilaren, er det til daglig fremdeles de nasjonale finansstilsynene som har den direkte kontakten og er håndhevingsmyndigheten overfor private finansinstitusjoner.⁴⁶

³⁹ Utformingen av tilknytningsmodellen er beskrevet i Prop. 100S (2015–2014) s. 14.

⁴⁰ Se forordninger (EU) 1093/2010, (EU) 1094/2010 og (EU) 1095/2010 [Opprettelsesforordningene], artikkel 10, artikkel 15 og artikkel 16; Se nærmere om dette i Hertzberg og Bekkedal (2018) på s. 137–140.

⁴¹ Prop. 100 S (2015–2016) s. 13–14 om begrunnelsen for utkastmodellen og kapittel 10 om konstitusjonelle forhold ved Norges vedtakelse.

⁴² Se Prop. 100 S (2015–2016) s. 14.

⁴³ Jf. ODA Protokoll 8 artikkel 3 (1).

⁴⁴ Se forordninger (EU) 1093/2010, (EU) 1094/2010 og (EU) 1095/2010 [Opprettelsesforordningene] artikkel 1 nr. 2 for EU-finanstilsynenes respektive myndighetsområder, med endringer som inntatt i Europaparlamentets og Rådets forordning (EU) 2019/2175 av 18. desember 2019.

⁴⁵ Jf. ODA Protokoll 8 Artikkel 3 (1) og (2).

⁴⁶ Se forordninger (EU) 1093/2010, (EU) 1094/2010 og (EU) 1095/2010 [Opprettelsesforordningene], fortalenes 9. bemerkning.

Både ESA og nasjonale tilsynsmyndigheter i EØS/EFTA-statene har adgang til å delta i Tilsynsrådet, men uten stemmerett.⁴⁷ For norske finansmarkedsaktørers del utøves tilsyn og kontroll med markedsaktørenes etterlevelse av regelverket i det daglige av det norske Finanstilsynet. I disse tilfellene er det bare det norske Finanstilsynet som forholder seg direkte til det overnasjonale nivået i EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell.⁴⁸

Derimot vil endringene som EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell medførte være merkbare for finansmarkedsaktører i Norge dersom det blir aktuelt for ESA å treffe direkte rettslig bindende beslutninger. ESA treffer da vedtaket på bakgrunn av utkast fra det relevante EU-finanstilsynet.⁴⁹ Som nevnt i punkt 1.1 legges det ikke opp til at utkastene skal utgjøre en formell del av vedtakene mot finansinstitusjoner i Norge eller de øvrige EØS/EFTA-statene. I motsetning til i EU-pilaren, kan de rettslig bindende beslutningene heller ikke klages inn til et eget fagkyndig klageorgan.⁵⁰

I oppgaven reiser jeg spørsmål ved om de prosessuelle rettighetene som finansinstitusjoner i Norge og de øvrige EØS/EFTA-statene er gitt i forbindelse med ESAs rettslig bindende vedtak kan oppfylles på en tilstrekkelig måte, sett i lys av prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse. Underproblemstillingene knytter seg både til utkastmodellen forklart ovenfor, og til fraværet av en egen Klagenemnd. Gjennomgående blir videre EU-finanstilsynenes finansfagkyndighet en rød tråd for problemstillingene.

I det følgende kapittelet skal jeg redegjøre nærmere for sentrale rettskilder og metodisk tilnærming til de problemstillingene som reiser seg.

⁴⁷ Jf. EØS-avtalens vedlegg IX nr. 31g, 31h og 31i, til Opprettelsesforordningene artikkel 40; også lagt til grunn i Prop. 100 S (2015–2016) s. 14.

⁴⁸ Det blir da nasjonale myndigheter som forholder seg direkte til de tre EU-finanstilsynene, og de ikke-bindende rettslige beslutningene som EU-finanstilsynene treffer vedrørende tolkning og anvendelse av EØS-rettslige finansmarkedsregler blir aktuelle, se bl.a. Hertzberg og Bekkedal (2018) s. 149–150.

⁴⁹ Jf. ODA Protokoll 8 artikkel 3 (1).

⁵⁰ Se punkt 1.1 og kapittel 5.

2 Rettskilder og metode

2.1 Rettskilder

2.1.1 Analyser av gjeldende rett

Siktemålet med oppgaven er å vurdere om effektiv rettsbeskyttelse ivaretas tilstrekkelig for finansmarkedsaktører under EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell, gjennom systematiske analyser av gjeldende rett.⁵¹ Dette gjøres ved å identifisere hvilke rettigheter finansmarkedsaktører kan påberope seg i medhold av prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse og undersøke om prosessreguleringen i ODA som etablerer EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell kan tolkes på en måte som samsvarer med minimumskrav til effektiv rettsbeskyttelse. Dette vil fortrinnsvis bli gjort i kapittel 5 og 6. Avslutningsvis i hvert kapittel vil jeg påpeke forhold ved ivaretagelsen av effektiv rettsbeskyttelse som jeg mener kan problematiseres enten i henhold til gjeldende rett, eller mer normativt i lys av behov for bedre rettsbeskyttelse. I kapittel 7 løfter jeg blikket, og reiser spørsmål ved om finansmarkedsaktørenes rettsbeskyttelse kan forbedres, utover tilknytningsmodellens bestemmelser i ODA. Tilnærmingen i kapittel 7 er fortrinnsvis å identifisere slike muligheter innenfor rammene av gjeldende rett, men avslutningsvis vil det også være normative vurderinger om hva jeg mener vil bedre rettsbeskyttelsen.

I dette kapittelet skal jeg presentere sentrale rettskilder og særtrekk ved den metodiske tilnærmingen jeg bruker. Det er særlig det ulovfestede prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse som medfører særskilte metodiske utfordringer i denne oppgaven.⁵² Det er også nødvendig å knytte noen bemerkninger til hvordan forholdet mellom ODA og EØS-avtalen gjør seg gjeldende i oppgaven, fordi oppgavens tema er overnasjonal prosessuell regulering i EØS-retten.⁵³ Dette får også betydning for anvendelsen av homogenitetsprinsippet.⁵⁴

⁵¹ For utdypning av dette, se f.eks. Peczenick, A. «A Theory of Legal Doctrine» *Ratio Juris*, (2001) Vol. 14, s. 75–105 med videre henvisninger, som henvist til av Barlund, Ingrid M. H., *A Legal Analysis in the Interaction of Public and Private Cartel Enforcement within EU Competition Law*, Thesis for the Degree Philosophiae Doctor (PhD), University of Bergen, Norway, 2019. s. 19.

⁵² Se punkt 2.2.2 og 2.3.

⁵³ Se punkt 2.1.3.

⁵⁴ Se punkt 2.2.1.

2.1.2 Overordnet om kilder

Det er særlig reglene om ESAs funksjoner og rettslig bindende vedtak under EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell som analyseres i oppgaven. Disse finnes i Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (heretter ODA) og Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (heretter EØS-avtalen). Forholdet mellom ODA og EØS-avtalen vil bli særlig kommentert i punkt 2.1.3. Videre i punkt 2.1.2 skal jeg presentere øvrige sentrale kilder.

Det er særlig ODA som er gjenstand for tolkning oppgaven. EFTA-domstolen har eksklusiv jurisdiksjon over saker som omhandler ESAs myndighetsutøvelse, og EFTA-domstolens praksis utgjør derfor en viktig rettskilde ved fortolkning av ODA. Så langt har ikke EFTA-domstolen truffet avgjørelser som omhandler ESAs rettslig bindende vedtak under EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell til Det europeiske finanstilsynssystemet. Finansmarkedsaktørens rettigheter overfor ESA og i EFTA-domstolen under EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell er imidlertid likt utformet som på andre områder der ESA kan treffe rettslig bindende vedtak direkte mot private aktører. Derfor kan EFTA-domstolens rettspraksis på andre områder ha overføringsverdi til de spørsmål som reises i oppgaven.

Både primære og sekundære EU-rettsakter brukes i oppgaven. Siktemålet er å fastlegge privates prosessuelle rettigheter under Det europeiske finanstilsynssystemet i EU-pilaren.⁵⁵ I denne sammenhengen er det primærrettsaktene Den Europeiske Unions charter om grunnleggende rettigheter (også omtalt som Charteret) og Traktaten om den europeiske unions virkeområde (heretter TEUV), som blir særlig relevante.⁵⁶

Av sekundærrettsakter, er det særlig Rådet og Parlamentets forordninger (EU) 1093/2010, (EU) 1094/2010 og (EU) 1095/2010 som hver oppretter en av de tre EU-finanstilsynene, som er relevante i oppgaven. De tre forordningene har ulikt virkeområde, i den forstand at hver av de tre EU-finanstilsynene har ansvar for en egen sektor innenfor finansmarkedsretten, i henhold til forordningenes artikkel 1 nr. 2. Forordningene etablerer imidlertid like funksjoner og myndighet for de tre EU-finanstilsynene. I oppgaven angis forordningene derfor samlet som

⁵⁵ Som jeg kommer tilbake til i 2.1.3, har Opprettelsesforordningene også relevans ved fastleggningen av virkeområdet for ESAs myndighetsutøvelse og oppgavefordelingen mellom ESA og EU-finanstilsynene under EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell.

⁵⁶ Se hhv. Konsolidert utgave av Den Europæiske Unions charter om grunnleggende rettigheder [Charteret], EFT C 202, 7. juni 2016 og konsolidert utgave av Traktat om Den Europæiske Unions Funktionsområde [TEUV], EFT C 202, 7. juni 2016.

«Opprettelsesforordningene». I oppgaven er det hovedsakelig ikke nødvendig å skille mellom de tre forordningene. Unntaket er der det gis et konkret illustrerende eksempel, eller der jeg presenterer praksis i form av vedtak fra et av de tre tilsynene, eller en sak fra EU-finanstilsynenes klagenemnd. 18. desember 2019 vedtok Rådet og Parlamentet forordning (EU) 2019/2175 der noen av bestemmelsene i Opprettelsesforordningene ble endret. For det meste går endringene ut på presiseringer, samt utvidelser av virkeområdet for EU-finanstilsynenes myndighet, og endringene får ikke avgjørende betydning for masteroppgavens del. Der det er gjort endringer av bestemmelser som er relevante i masteroppgaven, blir dette oppgitt. Forordningen vil bli omtalt som «Endringsforordningen».

Sekundærrettsaktene fortolkes i henhold til ordlyd, kontekst og formål, innenfor rammene av primærretten, i henhold til EU-rettslig metode.⁵⁷ Jeg har brukt danske og engelske språkversjoner.

EU-domstolens praksis gir sentrale rettskildebidrag for oppgavens analyser av gjeldende rett både innenfor EU- og EØS-retten. Jeg kommer tilbake til hvordan jeg anvender EU-domstolens praksis ved fortolkning av ODA i punkt 2.2 og 2.3. Generelt utgjør EU-domstolens avgjørelser en tungtveiende rettskilde ved fortolkning av EU-rettsakter. Avgjørelsene er ikke bindende for andre enn partene, men EU-domstolens praksis viser at den anser det som nødvendig med utførlige begrunnelser dersom den avviker fra hva den anser som gjeldende rett.⁵⁸

I forbindelse med oppgavens redegjørelser for EU-finanstilsynenes klagenemnd, bruker jeg praksis fra Klagenemnden i form av avgjørelser den har truffet i saker som er klaget inn vedrørende EU-finanstilsynenes myndighetsutøvelse. Avgjørelser fra Klagenemnden har rettslig bindende virkning overfor partene i saken, men kan overprøves av EU-domstolen. I tilfeller der EU-domstolen ikke har uttalt seg om spørsmålet, belyser avgjørelser fra Klagenemnden hvordan den tolker bestemmelsene om sin egen kompetanse i Opprettelsesforordningene artikkel 60.⁵⁹

⁵⁷ Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 3. utg. Fagbokforlaget 2018, s. 295–302.

⁵⁸ *Ibid.* se s. 315–318 med videre henvisninger.

⁵⁹ Se punkt 5.2 og 7.2.

I oppgaven er også EU-rettsakters fortaler benyttet for å klarlegge formålet med enkeltbestemmelser. De benyttes under forutsetning om at fortalene ikke er rettslig bindende, og ikke kan gå foran ordlyden i sekundærrettsaktens bestemmelser ved åpenbar motstrid.⁶⁰

Fortalene til Opprettelsesforordningene er i store deler tilnærmet ordrette gjengivelser av Kommisjonens forslag til lovvedtak som Opprettelsesforordningene bygger på.⁶¹ Disse lovforslagene kan anses som *forarbeider*. Forarbeidene har ingen rettskildemessig vekt, men utgjør kontekstuelle bidrag til den større sammenhengen som rettsakten inngår i.⁶² Sammen med fortalene, bidrar Kommisjonens utkast til lovforslag til å belyse formålet med ulike bestemmelser i sekundærrettsakter i oppgaven. Fortrinnsvis brukes de i oppgaven for å vise samsvar mellom Kommisjonsforslaget og den vedtatte fortalen.

I noen tilfeller har jeg brukt uttalelser fra Generaladvokatens innstilling, i tilknytning til en dom fra EU-domstolen. EFTA-domstolen gjør dette i sin praksis, men Generaladvokatens innstilling har ingen rettskildemessig vekt.⁶³ Innstillingene bidrar imidlertid med systematiske gjengivelser av relevant praksis fra EU-domstolen.

Til slutt vil jeg påpeke at jeg flere steder også viser til den norske proposisjonen som Utenriksdepartementet utarbeidet i forbindelse med at EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell skulle gjennomføres i Norge, Prop. 100 S (2015-2016). I oppgaven omtales denne som «Vedtakelsesproposisjonen». Vedtakelsesproposisjonen utgjør et norsk forarbeid, og har ingen rettskildemessig vekt etter EØS-rettslig metode ved fortolkning av ODA, EØS-avtalen eller EU-rettskilder. All den tid de primære rettskildene som oppgavens analyser bygger på er av overnasjonal karakter, utgjør vedtakelsesproposisjonen derfor ikke noe rettskildemessig bidrag av betydning for innholdet i EØS-retten. Imidlertid inneholder vedtakelsesproposisjonen grundige og utførlige utgreiinger for ESAs funksjoner og kompetanser under EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell. På denne måten fungerer vedtakelsesproposisjonen som en god kilde til å klarlegge og bekrefte rettstilstanden.

⁶⁰ *Ibid.* s. 306, som henviser til EU-domstolens dom C-345/13 [C5] *Karen Millen Fashions*, 19. juni 2014, EU:C:2014:2013, avsnitt 31.

⁶¹ Se bl.a. Kommisjonen for de Europæiske Fællesskaber sitt forslag av 23. september 2009 til Europaparlamentets og Rådets forordning om opprettelse af en europæisk banktilsynsmyndighet, KOM(2009) 501 endelig.

⁶² Se Fredriksen og Mathisen (2018) s. 306–307.

⁶³ Se bl.a. EFTA-domstolens dom i E-15/10 *Posten Norge* [2012] avsnitt 88. Dommen omtales i punkt 5.3; se Fredriksen og Mathisen (2018) s. 322–323.

2.1.3 Særlig om forholdet mellom ODA og EØS-avtalen

I oppgaven er bestemmelsene i ODA aktuelle både for fastlegging av innholdet i prosessreguleringen som knytter seg til ESAs rettslig bindende vedtak, og for vurderingen av om effektiv rettsbeskyttelse er ivaretatt under EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell.⁶⁴ ODA angir de prosessuelle reglene som er relevante for ESAs myndighet under EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell til Det europeiske finanstilsynssystemet, og finansmarkedsaktørens rettigheter i tilknytning til vedtak fra ESA. Det er imidlertid nødvendig å også se hen til EØS-avtalens vedlegg IX, og Opprettelsesforordningene for å fastlegge det helhetlige innholdet av ESAs myndighet og funksjoner. Forholdet mellom disse kildene presenteres i det følgende.

Det primære rettslige grunnlaget for ESAs myndighet og funksjoner i rollen som EØS-finanstilsyn følger av ODA artikkel 25a og Protokoll 8. Bestemmelsene ble inntatt på bakgrunn av endringene i EØS-avtalen, i forbindelse med gjennomføring av EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell til Det europeiske finanstilsynssystemet. Det er ikke noe hierarkisk forhold mellom ODAs hoveddel, og dens protokoller.⁶⁵ De konkrete bestemmelsene om ESAs oppgaver og funksjoner i rollen som EØS-finanstilsyn følger av ODA Protokoll 8. ODA inneholder også de relevante bestemmelsene om EFTA-domstolens funksjoner og kompetanse.⁶⁶

ODA angir imidlertid ikke konkret når eller hvordan ESA skal gå frem for å treffe rettslig bindende vedtak mot finansmarkedsaktører. ODA er ikke del av EØS-avtalen, men ifølge både ODA artikkel 25a og ODA Protokoll 8 artikkel 1(1) skal ESA handle «i samsvar med rettsaktene omhandlet i EØS-avtalens vedlegg IX som innenfor Den europeiske union gir myndighet til en europeisk tilsynsmyndighet som ... ifølge tilpasningene i nevnte vedlegg skal utøves av EFTAs overvåkingsorgan». Det nærmere virkeområdet for ESAs myndighetsutøvelse bestemmes derfor på bakgrunn av de relevante tilpasningstekstene i EØS-avtalen vedlegg IX. Denne lovgivningsteknikken er illustrerende for at selv om ODA ikke er del av EØS-avtalen, så legger EØS-avtalerettslige forpliktelser føringer for innholdet i ODA.⁶⁷ Til presisering, er

⁶⁴ Se punkt 4.3, og kapittel 5 og 6.

⁶⁵ Jf. ODA artikkel 42.

⁶⁶ Jf. ODA artikkel 35, 36 og 37, jf. ODA Protokoll 8 artikkel 6.

⁶⁷ Se ODA artikkel 1; For utdypning om forholdet mellom EØS-avtalen og ODA, se Arnesen, Finn og Halvard Haukeland Fredriksens, «Part III: The Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice: Contracting Parties» i Arnesen et.al. (red.), *Agreement on the European Economic Area: A Commentary*, Nomos Verlagsgesellschaft, Verlag C.H. Beck, Hart Publishing, Universitetsforlaget 2018, s. 973-975, på s. 973.

det bare beslutningsprosedyrene som ESA skal følge (virkeområdet for ESAs kompetanse), og ikke rettighetene til private aktører i EFTA-pilaren, som fremgår av de relevante tilpasningstekstene i EØS-avtalen vedlegg IX. Jeg kommer tilbake til tolkningen av ODA, med henblikk på privates prosessuelle rettigheter i punkt 2.3.

EØS-avtalen Vedlegg IX pkt. 31g, 31h og 31i gjennomfører de tre Opprettelsesforordningene som oppretter og etablerer funksjoner og kompetanser for de tre EU-finanstilsynene gjennom tilpasningstekster.⁶⁸ Tilpasningstekstene er utformet slik at de knytter seg direkte til enkeltdeler av bestemmelser i EU-Opprettelsesforordningene, der ordlyden må endres for å omfatte EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell. Innledningsvis til hver av gjennomføringstekstene i EØS-avtalens vedlegg 31g til 31i, angis det at «The provisions of the Regulation shall, for the purposes of this Agreement, be read with the following adaptations».⁶⁹ De helhetlige prosedyrene som kan føre til rettslig bindende vedtak mot private finansmarkedsaktører i EØS/EFTA-statene utledes derfor på bakgrunn av tilpasningstekstene i EØS-avtalen vedlegg IX lest i lys av teksten i de relevante bestemmelsene i opprettelsesforordningene.⁷⁰ Der tilpasningstekstene i EØS-avtalen vedlegg IX ikke sier noe annet, anvendes tekstene i Opprettelsesforordningene, såfremt det ikke gjelder EU-spesifikke forhold som avskjærer fra homogen fortolkning.⁷¹ De tre tilpasningstekstene har lik utforming, både med hensyn til artikkelnummerering og beslutningsprosedyrer, på samme måte som EU-forordningene har.

2.2 Særlig om fortolkning av ODA

2.2.1 Homogenitetsprinsippets betydning ved fortolkning av ODA

Homogenitetsprinsippet er et sentralt tolkningsprinsipp i EØS-rettslig metode. Det legitimerer anvendelsen av EU-domstolens praksis som rettskilde, også for EFTA-pilarens

⁶⁸ Se EØS-avtalen vedlegg IX nr. 31g, nr. 31i og nr. 31.h. Her gjennomføres hhv. forordningene (EU) 1093/2010, (EU) 1094/2010 og (EU) 1095/2010 [Opprettelsesforordningene].

⁶⁹ Se EØS-avtalen vedlegg IX nr. 31g, som gjennomfører Forordning (EU) 1093/2010 [EBA-forordningen] første bemerkning. Tilsvarende gjelder for gjennomføring av de øvrige Opprettelsesforordningene i hhv. EØS-avtalen vedlegg IX pkt. 31h og pkt. 31i.

⁷⁰ Se f.eks. Forordning (EU) 1093/2010 [EBA] artikkel 17 som angir en detaljert prosedyre for overnasjonal håndhevelse av rettsbrudd i en medlemsstat. Tilsvarende fremgår av forordning (EU) 1094/2010 [EIOPA] artikkel 17 og forordning (EU) 1095/2010 [ESMA artikkel 17], smh. Hhv. EØS-avtalen vedlegg IX nr. 31h og 31i med tilpasninger til artikkel 17.

⁷¹ Dette er den metodiske tilnærmingen for å avklare EØS-relevansen av EU-rettsakter, se Fredriksen og Mathisen (2018) s. 294 og s. 330.

vedkommende.⁷² Homogenitetsprinsippet kommer til uttrykk i EØS-avtalen artikkel 6, og ODA artikkel 3. I ODA artikkel 3 fremgår homogenitetsprinsippet's anvendelsesområde ved fortolkning av ODA. Ifølge artikkel 3, skal ODA protokoll 1 til 4 og vedlegg I og II tolkes i lys av EU-domstolens rettspraksis. Hva angår ODAs hoveddel, og øvrige deler, gis ingen tydelige anvisninger.⁷³ Gjennom praksis har EFTA-domstolen utvidet homogenitetsprinsippet's virkeområde, ved å legge til grunn at EU-domstolens praksis også er relevant ved fortolkning av ODAs hoveddel og også for tolkning av EFTA-domstolens vedtekter i ODA Protokoll 5, og EFTA-domstolens «Rules of Procedure».⁷⁴ Det avgjørende er at bestemmelsene er «identical in substance», som regler i EU-retten, og EFTA-domstolen bruker gjennomgående følgende standardformulering for å begrunne anvendelsen av EU-domstolens praksis ved fortolkning av ODA:

«The Court has repeatedly held, for the sake of procedural homogeneity, that although it is not required by Article 3(1) SCA [ODA] to follow the reasoning of the ECJ when interpreting the main part of that Agreement [ODA], the reasoning which led that Court to its interpretations of expressions in Union law is relevant when those expressions are identical in substance to those which fall to be interpreted by the Court...».⁷⁵

Etter dette vil EU-domstolens praksis etter min mening også være relevant ved fortolkning av ODA Protokoll 8. Som tidligere nevnt ble Protokoll 8 inntatt i ODA til gjennomføring av EØS/EFTA-statenes tilknytning til Det europeiske finanstilsynssystemet, og bestemmelsene har ikke vært oppe til behandling i EFTA-domstolen. Siden EFTA-domstolen ikke kategorisk utelater noen deler av ODA, men anvender EU-domstolens praksis ved fortolkning av ODA protokoll 5, og EFTA-domstolens «Rules of procedure», er det ikke holdepunkter for å anta at noe annet skulle være tilfellet for protokoll 8. Derimot kan det heller påpekes at Protokoll 8 har

⁷² Se Wennerås, Pål, «Article 6 [Homogeneity]» i Arnesen et.al. (red.), *Agreement on the European Economic Area: A Commentary*, Nomos Verlagsgesellschaft, Verlag C.H. Beck, Hart Publishing, Universitetsforlaget 2018, s. 209–248, på s. 210.

⁷³ Se i denne retning *Ibid.* s. 211–212.

⁷⁴ Uttalelsen ble første gang gitt i rådgivende uttalelse om fortolkning av ODA artikkel 34 i sak E-1/94 *Ravintoloitsjain Liiton Kustannus Oy Restamark* 16. desember 1994. Senere også uttalt i dommer ved fortolkning av andre bestemmelser i ODAs hoveddel, se bl.a. Sak E-2/02 *Technologien Bau- und Wirtschaftsberatung GmbH and Bellona v. EFTA Surveillance Authority* [2003] (heretter Sak E-2/02 *Bellona* [2003]) avsnitt 13 med videre henvisninger; Sak E-13/10 *Aleris Ungplan v. EFTA Surveillance Authority* [2011], avsnitt 24 med videre henvisninger; Om fortolkning av ODA Protokoll 5 og EFTA-domstolens Rules of Procedure, se sak E-15/10 *Posten Norge* [2012] avsnitt 110; Se Wennerås (2018) s. 210–212 Wennerås påpeker på s. 212 at ODA artikkel 3 (2) kan utgjøre grunnlag for at også ODAs hoveddel omfattes av ODAs virkeområde, og at dette ville gitt et tydelige grunnlag for å anvende EU-domstolens praksis ved fortolkning av ODAs hoveddel, men i sin praksis har EFTA-domstolen kun vist til ODA artikkel 3 (1).

⁷⁵ Se EFTA-domstolens dom i Sak E-13/10 *Aleris Ungplan v. ESA* [2011] avsnitt 24.

likhetstrekk med ODA protokoll 2 til 4, som ifølge ODA artikkel 3 omfattes av homogenitetsprinsippet's anvendelsesområde. ODA Protokoll 2 til 4 etablerer særskilte regler om ESAs kompetanser på områdene for statsstøtte, offentlige anskaffelser og konkurranserett, på bakgrunn av bestemmelser inntatt i EØS-avtalen.

I litteraturen har det blitt påpekt at EFTA-domstolen har en mer «selektiv» tilnærming til når homogenitetsprinsippet gjør seg gjeldende ved fortolkning av ODA, enn ved fortolkning av EØS-avtalen.⁷⁶ Wennerås viser til at EFTA-domstolen har anvendt EU-domstolens praksis ved fortolkning av bestemmelse i ODA som ikke er «identical in substance» til korresponderende bestemmelser i EU-retten, og i andre tilfeller avveket fra EU-domstolens praksis i tilfeller der den prosessuelle reguleringen anses som «identical in substance».⁷⁷ Et eksempel på sistnevnte, som jeg kommer tilbake til i kapittel 5, er uttalelsene i sak E-15/10 *Posten Norge*, der EFTA-domstolen oppstiller et annet utgangspunkt for domstolens overprøving av finansfaglige vurderinger enn det EU-domstolen tradisjonelt har gjort.⁷⁸ Som jeg kommer tilbake til begrunner EFTA-domstolen dette i ivaretagelse av prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse. Oppgaven tar ikke sikte på å avklare om homogenitetsprinsippet anvendes annerledes ved fortolkning av prosessuelle bestemmelser i ODA, kontra materielle bestemmelser i EØS-avtalen. Redegjørelsen i punkt 2.2.2 vil imidlertid vise at prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse får betydning for hvordan homogenitet oppnås med hensyn til privates prosessuelle rettigheter i tilknytning til overnasjonal håndhevelse av EØS-avtalens regler. Prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse medfører at homogenitetsmålsettingen endres, sammenlignet ved anvendelse av EU-domstolens praksis ved fortolkning av ODA alene.

2.2.2 Særlig om betydningen av prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse ved fortolkning av ODA

I oppgaven er det særlig privates prosessuelle rettigheter i tilknytning til rettslig bindende vedtak fra ESA som er gjenstand for analyse. I EU-pilaren, skal tilsvarende rettigheter tolkes i lys av Den Europeiske Unions Charter om grunnleggende rettigheter (Charteret). Charteret er ikke del av EØS-avtalen, men det gjelder likevel liknende føringer ved tolkning av ODAs bestemmelser om privates prosessuelle rettigheter. I slike tilfeller skal ODA tolkes i lys av

⁷⁶ Se Wennerås (2018) s. 238 og 240.

⁷⁷ *Ibid.* s. 240. Wennerås stiller her spørsmål ved om «homogenitet» i det hele tatt er en dekkende betegnelse for EFTA-domstolens anvendelse av EU-domstolens praksis ved fortolkning av prosessuelle og institusjonelle bestemmelser. En slik diskusjon faller utenfor oppgavens rammer.

⁷⁸ *Ibid.*

prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse. For å forstå hvordan prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse skal anvendes ved fortolkning av ODA, og særlig hvordan det bidrar til den EØS-rettslige homogenitetsmålsettingen, er det først hensiktsmessig å se hvordan virkningen av prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse skiller seg fra virkningen av homogenitetsprinsippet.

Som påpekt i punkt 2.2.1, har EFTA-domstolen lagt til grunn at homogenitetsprinsippet også gjelder ved fortolkning av ODA, for å bidra til lik anvendelse og håndheving av EØS-relevante regler.⁷⁹ Med dette oppnås homogenitet mellom pilarene, ved at bestemmelser som «in substance» er like, tolkes på samme måte – i praksis ved at EU-domstolens rettspraksis får betydning for tolkning av ODA. Det å anvende EU-domstolens praksis som rettskilde ved fortolkning av ODA, rokker imidlertid ikke ved det institusjonelle rammeverket som er etablert i EFTA-pilaren. I den grad EU-domstolens praksis har overføringsverdi til tolkning av ODA, er det under forutsetning om at den samme løsningen er gjennomførbar med ESA og andre EØS/EFTA-aktører som rettssubjekter, underlagt EFTA-domstolens jurisdiksjon. Noe annet ville medført brudd på to-pilarsystemet som EØS-avtalen bygger på, og med den rettsstilstanden som er vedtatt i EØS-komiteen. Homogenitetsprinsippet gir ikke grunn til å stille spørsmål ved de forskjeller i institusjonelt rammeverk mellom pilarene som er forutsatt og etablert av EØS-komiteen, og som på bakgrunn av dette er gjennomført i ODA, slik som utkastmodellen og fraværet av en egen Klagenemnd. At ESA skal treffe vedtak på bakgrunn av utkast, og at det ikke er adgang til en egen Klagenemnd i EFTA-pilaren, er en villet rettsstilstand. EU-domstolens praksis gir ikke alene grunnlag for å verken endre dette, eller stille spørsmål ved det.

Ifølge EFTA-domstolens praksis, skal imidlertid ODA også tolkes i lys av prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse.⁸⁰ Prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse etablerer minimumskrav for prosessuelle rettigheter, og bidrar til å sikre homogenitet mellom pilarene, fordi disse minimumskravene er felles for EFTA-pilaren og EU-pilaren: som ulovfestet del av EØS-avtalen, og siden 2009 som del av EUs primærrett.⁸¹ Prinsippet ble opprinnelig utviklet av EU-domstolen, og springer ifølge EU-domstolen ut av medlemsstatenes felles rettstradisjoner.⁸² Med henvisning til at de samme rettstradisjoner springer ut av EFTA-statene, har EFTA-domstolen lagt til grunn at et ulovfestet prinsipp om effektiv rettsbeskyttelse også utgjør et

⁷⁹ Se punkt 2.3.1.

⁸⁰ Se bl.a. sak E-15/10 *Posten Norge* [2012] avsnitt 85 med videre henvisninger.

⁸¹ Rettskildegrunnlaget behandles nærmere i punkt 2.3.

⁸² Se EU-domstolens prejudisielle avgjørelse i sak C-432/05 *Unibet* [GC], 13. mars 2007 EU:C:2007:163, avsnitt 37 med videre henvisninger.

essensielt element i EØS-avtalens rammeverk. EFTA-domstolens uttalelse om prinsippets funksjon og anvendelse for å sikre homogenitet i *Koch* er illustrerende:

“The Court has repeatedly held that the objective of establishing a dynamic and *homogenous* European Economic Area can only be achieved if EEA/EFTA and EU nationals and economic operators enjoy, relying upon EEA law, *the same rights* in both the EU and EFTA Pillars of the EEA [...] Access to justice and effective judicial protection are essential elements in the EEA legal framework [...]. This can only be achieved if EEA/EFTA and EU nationals and economic operators enjoy *equal* access to the courts in both the EU and EFTA pillars of the EEA to ensure their rights which they derive from the EEA Agreement.”⁸³

EFTA-domstolens avgjørelse i *Koch* er en rådgivende uttalelse, jf. ODA artikkel 34, og omtalen av målsettingen om like rettigheter knytter seg konkret til hvilken plikt nasjonale myndigheter har til å sikre vern for privates EØS-baserte rettigheter. På overnasjonalt nivå viser EFTA-domstolen i stedet til EMK som uttrykk for en felles standard. Dette kommer jeg tilbake til i kapittel 2.3. Uttalelsen i *Koch* er imidlertid dekkende for sammenhengen mellom homogenitet og rett til effektiv rettsbeskyttelse i EØS-retten mer generelt, og gir et tydeligere uttrykk for denne sammenhengen enn i mange andre avgjørelser, etter min mening. Som EFTA-domstolen påpeker, er formålet med prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse å sikre reelle og effektive EØS-baserte rettigheter. Med EØS-baserte rettigheter, mener jeg de rettigheter EØS-avtalen etablerer for private aktører til å drive markedsaktivitet (materielle rettigheter). En reell og effektiv ivaretagelse av disse sikres ikke bare gjennom den materielle lovgivningen, men også gjennom prosessuell lovgivning som gir effektive og reelle muligheter til å påberope de materielle, EØS-baserte rettighetene. For å oppnå målsettingen om et homogent og dynamisk indre marked, er det også nødvendig å stille krav om like muligheter for rettsvern for materielle, EØS-baserte rettigheter. Dette gjøres blant annet ved å tolke ODA i samsvar med de minimumskrav som oppstilles av prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse.

Konsekvensen er at prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse stiller krav til hvilke rettigheter som skal kunne utledes av prosessuelle bestemmelser, etter at de er ferdigtolket. Baudenbacher

⁸³ Se EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i sak E-11/12 *Koch* [2013] avsnitt 116–117, min utheving. Som jeg kommer tilbake til i punkt 3.1, finnes det ingen legaldefinisjon av «effektiv rettsbeskyttelse».

kaller dette for *resultatorientert* homogenitet.⁸⁴ Jeg velger imidlertid å beskrive det som en felles minimumsstandard eller minimumsrettigheter som skal sikres gjennom prosessuelle bestemmelser. Det sentrale er i alle tilfeller at det for privates prosessuelle rettigheter gjelder minimumskrav som er like i EU-retten og i EØS-retten, som derfor gir uttrykk for et minimum av homogen rettstilstand mellom pilarene. Det må imidlertid understrekes at heller ikke prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse stiller krav om at det institusjonelle rammeverket til gjennomføring av minimumskravene er likt utformet mellom pilarene. Verken utkastmodellen eller fraværet av en egen Klagenemnd er i seg selv nok til å konstatere at effektiv rettsbeskyttelse ikke foreligger. Det som derimot kreves er at ODA – også under utkastmodellen, og uten en Klagenemnd – etablerer prosessuelle rettigheter for finansmarkedsaktører i tilknytning til ESAs myndighetsutøvelse og overfor EFTA-domstolen som samsvarer med minimumskravene til effektiv rettsbeskyttelse.

Selv om det altså ikke i seg selv har rettslig betydning at de prosessuelle reglene og det institusjonelle rammeverket i EU-pilaren er annerledes, har jeg valgt å ta utgangspunkt i hvilke konsekvenser utkastmodellen og fraværet av en egen Klagenemnd får for ivaretagelse av effektiv rettsbeskyttelse under EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell. Det er dette som skiller hvordan effektiv rettsbeskyttelse ivaretas mellom pilarene. For dette formålet er det nødvendig å også ha et inntrykk av hvordan effektiv rettsbeskyttelse ivaretas i EU-pilaren under Det europeiske finanstilsynssystemet. I EU-pilaren er det EU-finanstilsynene som har det fulle ansvaret og oppgaven med å vedta rettslig bindende vedtak, og vedtakene kan klages inn for en Klagenemnd. Forskjeller mellom pilarene aktualiserer spørsmålet om i hvilken grad homogenitet i form av effektiv rettsbeskyttelse er ivaretatt. Formålet med å sammenligne rettstilstanden i EU-pilaren og EFTA-pilaren er derfor å identifisere utfordringer for ivaretagelsen av effektiv rettsbeskyttelse som særlig knytter seg til den tilknytningsmodellen som EØS/EFTA-statene har valgt. Oppgaven tar med dette ikke sikte på å gjøre fullstendige analyser av hvordan effektiv rettsbeskyttelse ivaretas i begge systemer. Det er ivaretagelsen av effektiv rettsbeskyttelse under EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell som er av interesse. Der det gjøres analyser av korresponderende forhold i EU-pilaren, er dette som kontekstuelle bidrag for å identifisere og tydeliggjøre særskilte problemstillinger.

⁸⁴ Se Baudenbacher, Carl «The EFTA Court: Structure and Tasks» i Baudenbacher (red.), *The Handbook of EEA Law*, Springer 2016, s. 139–178 på s. 145.

I det følgende skal jeg gå nærmere inn på den metodiske tilnærmingen for å fastlegge innholdet og anvendelsen av prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse.

2.3 Særlig om rettskilder for fastlegging av innholdet i prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse

2.3.1 EU-domstolens praksis og forholdet mellom det ulovfestede prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse og EUs Charter om grunnleggende rettigheter

Som påpekt i punkt 2.2.2, er prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse delvis begrunnet i den EØS-rettslige homogenitetsmålsettingen, og konkretiserer minimumsnivået av prosessuell beskyttelse en privat aktør har krav på mot offentligrettslige inngrep fra ESA i EFTA-pilaren.⁸⁵ EU-domstolens praksis er en relevant og sentral kilde til å fastlegge det nærmere innholdet av det EØS-rettslige prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse. Minimumskravene om effektiv rettsbeskyttelse gjelder også i EU-pilaren, og var i stor grad bakgrunnen for EFTA-domstolens etablering av prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse, samt en viktig kilde for å fastlegge innholdet.⁸⁶ EU-domstolens praksis har utgjort et sentralt utgangspunkt og kildetilfang for EFTA-domstolens fastlegging av innholdet i prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse.⁸⁷

Med dette blir EU-domstolens praksis om tolkning av prosessuelle bestemmelser *i lys av* prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse relevant ved fortolkning av likelydende bestemmelser i ODA. Det EU-rettslige prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse har blitt inntatt i Den Europeiske Unions charter om grunnleggende rettigheter (Charteret) artikkel 47, om «Adgang til effektive rettsmidler og en til en upartisk domstol». Charteret ble gjort til del av EUs primærrett ved vedtakelsen av Lisboa-traktaten i 2009.⁸⁸ Charteret er ikke gjort til del av EØS-avtalen, og EU-domstolens uttalelser som charterets bestemmelser kan derfor i utgangspunktet ikke overføres til EØS-retten. Imidlertid er Charterets artikkel 47 som nevnt en kodifisering som gir uttrykk

⁸⁵ Den andre delen av begrunnelsen er EØS/EFTA-statenes felles rettstradisjoner som legitimerer bruken av Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. November 1950 [EMK] som rettskilde, se 2.3.2.

⁸⁶ Blant tidlige dommer der EFTA-domstolen statuerer prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse som en ulovfestet fundamental rettighet, inngår Sak E-2/02 *Bellona* [2003] avsnitt 36 og 37, med videre henvisninger.

⁸⁷ Se bl.a. EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i sak E-11/12 *Koch* [2013] avsnitt 116 og 117 med videre henvisninger.

⁸⁸ Jf. Konsolidert utgave av Traktat om Den Europæiske Union [TEU], EUT C 202/1, 7. juni 2016, artikkel 6 (3).

for det ulovfestede prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse, ifølge EU-domstolen.⁸⁹ Det EU-rettslige prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse er av EU-domstolen angitt som å samsvare med Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) artikkel 6 og 13 som medlemsstatenes felles rettstradisjoner.⁹⁰ Dette medfører at det i realiteten er samme innhold i det EØS-rettslige og det EU-rettslige prinsippet, selv om Charteret ikke er del av EØS-avtalen.⁹¹ Ifølge Charterets artikkel 52 (3), skal Charterrettighetene ha samme «betydning og omfang» som i EMK, i den grad det er samsvar mellom disse to.⁹² Rettstilstanden er derfor lik mellom pilarene, fordi begge skal samsvare med EMK.

Det må imidlertid nevnes at Charterets artikkel 47 om rett til effektive rettsmidler ikke nødvendigvis gir uttrykk for det fullstendige innholdet i det ulovfestede prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse. Det ulovfestede prinsippet omfatter i tillegg til effektive rettsmidler og en upartisk domstol det EU-domstolen omtaler som retten til forsvar, inntatt i Charterets artikkel 41 a) og c) EU institusjoners varslings- og begrunnelsesplikt ved myndighetsutøvelse, og 48 (2) om rett til forsvar for den som «er anklaget for en lovovertrædelse».⁹³ For oppgavens formål får imidlertid ikke dette avgjørende betydning. EU-domstolen har uansett oppstilt de ulovfestede kravene med henvisning til EMK, som også er en sentral kilde for det EØS-rettslige prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse. EU-domstolens uttalelser om krav til effektiv rettsbeskyttelse er derfor også dekkende for krav til effektiv rettsbeskyttelse for markedsaktører i EØS/EFTA-statene.

2.3.2 Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) og praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD)

⁸⁹ Se bl.a. EU-domstolens dom i Sak C-389/10 [P] *KME mod Kommissionen* 8. desember 2011 EU:C:2011:816, avsnitt 119 med videre henvisninger. I denne retning også Prechal, Sacha, "The Court of Justice and Effective Judicial Protection: What has the Charter changed?" i Paulussen et.al. (eds.) *Fundamental Rights in International and European Law*, Springer, 2016, s. 143–157, på s. 145.

⁹⁰ Se Prechal (2016) s. 144–145 med henvisning til bl.a. EU-domstolens prejudisielle avgjørelse i sak C-222/84 *Johnston*, 15. mai 1986, EU:C:1986:206, avsnitt 18, og til EU-domstolens dom i sak C-222/86 *Heylens*, 15. oktober 1987, EU:C1987:442, avsnitt 15.

⁹¹ Se Fredriksen, Halvard Haukeland, og Christian N.K Franklin, «Of Pragmatism and Principles: The EEA Agreement 20 Years On» i *Common Market Law Review*, (2015) vol. 52, s. 629–684, på s. 646.

⁹² Se tilsvarende Prechal (2016) s. 154.

⁹³ Se Hofman, Herwig C. H, Gerard C. Rowe og Alexander H. Türk, *Administrative law and policy of the European Union*, Oxford University Press 2011, s. 204–205, med videre henvisninger; se i samme retning Prechal (2016) s. 149.

På samme måte som EU-domstolen, har EFTA-domstolen lagt til grunn at EMK er relevant som kilde for å fastlegge innholdet i det EØS-rettslige prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse.⁹⁴ Både EU-domstolen og EFTA-domstolen har lagt til grunn at prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse springer ut av medlemsstatenes felles rettstradisjoner, og at det kommer til uttrykk i EMK artikkel 6 og 13.⁹⁵ EMK er ikke del av EØS-avtalen, og jeg skal derfor forklare overordnet hvordan konvensjonen og tilhørende praksis fra EMD brukes i oppgaven.

I oppgaven er det særlig EFTA-domstolens kontroll med ESAs vedtak under EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell til Det europeiske finanstilsynssystemet som problematiseres.⁹⁶ EMK artikkel 6 om rett til rettferdig rettergang og tilhørende praksis fra EMD utgjør her relevante kilder som bidrar til å klarlegge EFTA-domstolens ansvar for etterfølgende kontroll.⁹⁷ Etter ordlyden aktiveres rettighetene i EMK artikkel 6 ved inngrep i «civil rights» (den sivilprosessuelle grenen), eller dersom noen blir stilt overfor en «criminal charge» (den straffeprosessuelle grenen). Som jeg kommer tilbake til i kapittel 5.3, har både EFTA-domstolen, EU-domstolen og EMD lagt til grunn at administrative sanksjoner fra Kommisjonen eller ESA kan aktivere den straffeprosessuelle grenen av EMK artikkel 6, som skjerper minimumskravene til en rettferdig rettergang.⁹⁸ Bruken av EMK og EMDs praksis vil da skje i henhold til praksis fra EFTA-domstolen og EU-domstolen.

Mange av de vedtak som ESA kan ilegge under EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell vil imidlertid ikke aktivere den straffeprosessuelle grenen i EMK artikkel 6.⁹⁹ Jeg tar ikke sikte på å avklare eller undersøke om ESAs vedtak overfor finansmarkedsaktører i Norge medfører inngrep i finansmarkedsaktørenes «civil rights», som i utgangspunktet er vilkåret for å aktivere det sivilprosessuelle vernet etter EMK artikkel 6. Så vidt meg bekjent, har imidlertid ikke EFTA-domstolen eller EU-domstolen satt som forutsetning at EMK artikkel 6 bare får relevans dersom enten vilkåret «civil rights» eller vilkåret «criminal charge» er oppfylt. EU-domstolen og EFTA-domstolen begrunner i stedet EMKs relevans generelt i at konvensjonen gir uttrykk

⁹⁴ Se bl.a. EU-domstolen prejudisielle avgjørelse i sak C-432/05 [GC] *Unibet* [2007], EU:C:2007:163, avsnitt 37 med videre henvisninger. *Unibet* er henvist til av EFTA-domstolen i rådgivende uttalelse i sak E-11/12, *Koch* [2013] avsnitt 117.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ kapittel 5 og 6

⁹⁷ Se kapittel 3.2 om krav til domstolkontroll.

⁹⁸ Se bl.a. EFTA-domstolens dom i sak E-15/10 [2012] *Posten Norge* avsnitt 85 og 88 med videre henvisninger; se bl.a. Innstilling fra Generaladvokat Sharpston i sak C-272 *KME and Others v. Commission*, 10. februar 2011, EU:C:2011:63, avsnitt 63.

⁹⁹ Se kapittel 5.3.2.

for medlemsstatenes felles rettstradisjoner.¹⁰⁰ Jeg oppfatter dette som den sentrale begrunnelsen for at rettighetene i EMK artikkel 6 og tilhørende praksis fra EMD er ansett som relevante av EU-domstolen og EFTA-domstolen. Det kan nevnes at EMD i storkammer har lagt til grunn at EUs Charter om grunnleggende rettigheter artikkel 47 (2) og (3) samsvarer med EMK artikkel 6 (1), men uten begrensningen til «civil rights» og «criminal charge».¹⁰¹ Som man vil se i kapittel 3 og videre i oppgaven bygger det EØS-rettslige prinsippet, slik det er formulert av EFTA-domstolen med henvisning til EU-domstolens praksis, på tilsvarende hensyn og likelydende minsterrettigheter som de som nødvendigvis kan utledes fra EMK artikkel 6 (1) i lys av EMDs praksis. Jeg vil likevel understreke at tilpasningen av virkeområdet til EMK artikkel 6 til bruk i oppgaven gjøres under forutsetning om at det ikke er grunn til å anta at det gjelder andre, særskilte krav fra EU-domstolens, eller EFTA-domstolens praksis som står i motstrid med de krav som følger av den sivilprosessuelle grenen av EMK artikkel 6 (1). Jeg har ikke funnet noe som skulle tilsi dette.

I kapittel 3 skal jeg presentere nærmere hvilke minimumskrav som generelt kan identifiseres i medhold av prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse.

¹⁰⁰ Se f.eks. EFTA-domstolen i rådgivende uttalelse i sak E-11/12, *Koch* [2013] avsnitt 117, med henvisning til bl.a. EU-domstolen prejudisielle avgjørelse i sak C-432/05 [GC] *Unibet* [2007] avsnitt 37 med videre henvisninger.

¹⁰¹ Se Schabas, William A. *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford University Press 2015, s. 266 med henvisning til EMDs avgjørelse 15. oktober 2009 i *Micallef v. Malta* [GC], ECHR:2009:1015JUD001705606, avsnitt 32.

3 Prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse

3.1 Overordnet om prinsippets anvendelse, virkeområde og innhold

Prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse etablerer flere prosessuelle rettigheter som må være ivaretatt i tilstrekkelig grad. For oppgavens analyser i de videre kapitlene, har jeg valgt ut de minimumsrettighetene jeg mener er mest problematiske og som krever diskusjon, i lys av særtrekkene ved EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell som nevnt i kapittel 1.¹⁰² I dette kapitlet skal jeg presentere overordnede hovedtrekk ved prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse, som utgjør utgangspunkter og rammer for prinsippets anvendelse i oppgaven. Siden prinsippet er ulovfestet skal jeg først konkretisere prinsippets virkeområde, til bruk i denne oppgaven i punkt 3.1, og så i punkt 3.2 og 3.3 gi en overordnet presentasjon av de ulike minimumsrettighetene. I punkt 3.4 skal jeg kort skissere spørsmål som reiser seg i tilknytning til hva som skjer dersom effektiv rettsbeskyttelse ikke er ivaretatt i tilstrekkelig grad.

Som påpekt i punkt 2.2.2, utgjør prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse et essensielt element i EØS-avtalens rammeverk, som stiller minimumskrav til hvilket rettsvern private aktører skal sikres i møte med offentligrettslig, overnasjonal myndighetsutøvelse fra ESA. I videste forstand gjelder prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse både for nasjonal og overnasjonal anvendelse av EØS-retten, i den forstand at private skal sikres tilstrekkelig rettsvern mot inngrep – både fra andre private aktører, og mot offentligrettslige inngrep i EØS-baserte rettigheter.¹⁰³ I det følgende er det prinsippets anvendelse og innhold i forbindelse med ESAs myndighetsutøvelse som er av interesse. Det er derfor tale om overnasjonal, offentligrettslig myndighetsutøvelse, og både den overnasjonale og den offentligrettslige dimensjonen får betydning for hvordan prinsippet anvendes og hvilke prosessuelle rettigheter som kan påberopes av en privat markedsaktør. Rettskildebildet her er mer fragmentert, sammenlignet med der det er spørsmål om hvordan effektiv rettsbeskyttelse for EØS-baserte rettigheter ivaretas på nasjonalt nivå.¹⁰⁴

¹⁰² Sentrale utgangspunkter for oppgavens problematisering av tilknytningsmodellen utdypes i kapittel 4.

¹⁰³ For redegjørelse av betydningen til prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse på nasjonalt nivå, se Fredriksen og Mathisen (2018) kapittel V pkt. 2.1–2.3, særlig pkt. 2.3 s. 221–223, med videre henvisninger for omtale av prinsippene om ekvivalens og effektivitet som krav til beskyttelse mot private og offentligrettslige inngrep. Se til illustrasjon C-432/05 [GC] *Unibet* [2007] EU:C:2007:163, avsnitt 37 om offentligrettslig inngrep på nasjonalt nivå, og Sak E-11/12 *Koch* [2013], avsnitt 117, om privatrettslig inngrep på nasjonalt nivå.

¹⁰⁴ *Ibid.*

Selve formuleringen «effektiv rettsbeskyttelse» er ikke konsekvent brukt av hverken EFTA-domstolen eller EU-domstolen ved omtale av de rettigheter som har forankring i dette prinsippet. Betegnelser som «access to justice», «access to court» og «fair hearing» brukes av domstolene i stedet for, eller i tillegg til «effektiv rettsbeskyttelse».¹⁰⁵ Det er allikevel hensiktsmessig å bruke «effektiv rettsbeskyttelse» som samlebetegnelse for de mer konkrete rettighetene: Fellesnevneren er at det dreier seg om prosessuelle rettigheter som kan påberopes og som aktiveres i forbindelse med offentligrettslig myndighetsutøvelse som griper inn i private aktørers EØS-baserte rettsstilling: Der ESAs vedtak er direkte rettet mot, og individuelt forpliktende overfor et enkelt privat rettssubjekt, befinner man seg i kjerneområdet av prinsippets anvendelsesområde. Det helhetlige anvendelsesområdet fremgår ikke klart av enkeltavgjørelser fra EFTA-domstolen. Individuelle aktører som får rettet et vedtak mot seg fra er gitt rettigheter som springer ut av kravene til effektiv rettsbeskyttelse, blant annet i medhold av ODA artikkel 16 og 36. At rettighetene har bakgrunn i, og skal tolkes i lys av prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse, er imidlertid klart. EFTA-domstolen og EU-domstolen viser til prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse eller rettigheter som springer ut av dette, i tilknytning til inngrep i individuelle private markedsaktørers EØS-baserte rettigheter.¹⁰⁶ Under EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell til Det europeiske finanstilsynssystemet, er det nettopp direkte bindende vedtak fra ESA som vil ha den mest direkte påvirkningen på finansinstitusjonenes rettsstilling, fra overnasjonalt nivå, og som er tema for oppgaven.¹⁰⁷ Ellers legger Det europeiske finanstilsynssystemet som tidligere nevnt opp til at det er nasjonale myndigheter som skal føre tilsyn med finansinstitusjonenes etterlevelse av EØS-reglene, og håndheve reglene.¹⁰⁸

Overordnet gir prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse private markedsaktører rett til adekvate rettsmidler til beskyttelse mot ulovlig offentligrettslig myndighetsutøvelse. Sett hen til at prinsippet ifølge EFTA-domstolen skal samsvare med EMK artikkel 6 sitt krav til en rettfærdig rettergang,¹⁰⁹ kan innholdet sammenfattes på liknende måte: Enhver fysisk og juridisk person har rett til å få avgjort lovligheten av et inngrep i sine EØS-baserte rettigheter i et domstolorgan

¹⁰⁵ Se f.eks. EFTA-domstolen i sak E-15/10 *Posten Norge* [2012] avsnitt 86 og avsnitt 110; Sak E-14/11 *Schenker I* [2012] avsnitt 78; Sak E-11/12 *Koch* [2013] avsnitt 116, med videre henvisninger til EU-domstolens praksis.

¹⁰⁶ *Ibid.* Blant tidlige eksempler fra EU-domstolens praksis kan nevnes EU-domstolens prejudisiell avgjørelse C-222/84 *Johnston* EU:C:1986:206, og i C-222/86 *Heylens*, EU:C:1987:442.

¹⁰⁷ Se Forordninger (EU) 1093/2010, (EU) 1094/2010 og (EU) 1095/2010 [Opprettelsesforordningene] artikkel 17 nr. 6, 18 nr. 4 og 19 nr. 4; Se punkt 4 i denne oppgaven.

¹⁰⁸ Se punkt 1.2.

¹⁰⁹ Se punkt 2.3.2.

innen rimelig tid, i tråd med kravene til rettferdig rettergang. Kravet til en rettferdig rettergang er overordnet og ivaretas gjennom mer konkretiserte rettigheter. Med bakgrunn i dette, inneholder prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse en mengde minimumskrav som kommer til uttrykk som konkrete rettigheter for private aktører, og plikter for EFTA-domstolen og ESA, for å sikre effektiv rettsbeskyttelse.

EFTA-domstolen har ikke gitt noen klare uttalelser om hva som skal til for å si at effektiv rettsbeskyttelse ikke foreligger i tilknytning til ESAs myndighetsutøvelse eller under rettergangen ved EFTA-domstolen. Sett hen til at EMK i lys av EMDs praksis utgjør en sentral kilde, kan den terskelen som EMD oppstiller være dekkende: Effektiv rettsbeskyttelse foreligger ikke dersom rettsvernet som etableres gjennom ODAs bestemmelser er vesentlig dårligere enn det som kreves av EMK.¹¹⁰ Helhetlig, skal private aktører sikres en rettferdig rettergang.

I punkt 3.2 og 3.3 skal jeg presentere henholdsvis krav til en etterfølgende kontroll av administrative vedtak i en domstol, og krav til kontradiksjonsrett, som problematiseres i oppgavens analyser. Det må nevnes at min inndeling av de mer konkrete minimumskravene som å enten knytte seg til en domstol eller til kontradiksjon, ikke utgjør noe strengt rettslig fastlagt skille. Kontradiksjonsretten aktiveres i og med ESAs vedtak og består gjennom hele prosessen – også ved EFTA-domstolens etterfølgende kontroll. Det å først presentere adgangen til et domstolorgan, og så retten til kontradiksjon, reflekterer dermed heller ikke den kronologiske rekkefølgen som minimumskravene oppstår i, i forbindelse med ESAs rettslig bindende vedtak. Likevel er det etter min mening hensiktsmessig å dele inn minimumskravene i disse to kategoriene, fordi de representerer forskjellige typer underliggende hensyn som begrunner de enkeltstående minimumskravene. I punkt 3.2 om domstoladgang skal jeg presentere krav som knytter seg utelukkende til domstolprosessen. Dette vil være krav som stilles særskilt til et domstolorgan, og vil illustrere formålet med etterfølgende legalitetskontroll med ESAs vedtak, og de rettighetene en finansmarkedsaktør har krav på i denne forbindelse. Etterpå skal jeg i punkt 3.3 presentere kravene som knytter seg til den private aktørens rett til kontradiksjon. Som man vil se aktiveres rettigheter som springer ut av kontradiksjonsretten

¹¹⁰ Se EMDs avgjørelse i *Konkurrenten.no AS v. Norway*, ECHR:2019:1105DEC004734115, avsnitt 39. I saken klagde foretaket Konkurrenten.no AS Norge inn for EMD, med påstand om at EFTA-domstolens behandling av en klage på en beslutning fra ESA ikke oppfylte kravene til en rettferdig rettergang i en domstol etter EMK artikkel 6.

allerede i forkant av og sammen med ESAs rettslig bindende vedtak, før vedtaket klages inn til EFTA-domstolen.

3.2 Rett til etterfølgende kontroll i et kvalifisert domstolorgan

Retten til adgang til et domstolorgan for å kontrollere lovligheten av et offentligrettslig inngrep, er uomtvistet og utgjør et kjernepunkt i prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse.¹¹¹ Både hva som er tilstrekkelig med hensyn til *adgang*, og hva som skal til for å betegne et etterprøvingsorgan som et *kvalifisert domstolorgan*, kan konkretiseres nærmere.

Når det gjelder *adgang*, må gjeldende regulering nødvendigvis være utformet på, og bli tolket på en måte som sørger for at ingen private aktører med et legitimt krav på effektiv rettsbeskyttelse utelates fra muligheten til å få sin sak tatt inn til domstolsbehandling.¹¹² I forbindelse med rettslig bindende vedtak fra ESA, er det vilkårene for private rettssubjekters adgang til EFTA-domstolen i medhold av ODA artikkel 36 (2) som må tolkes i lys av krav til effektiv rettsbeskyttelse.¹¹³ Når den aktuelle situasjonen er at ESA har vedtatt en individuell og direkte rettslig bindende beslutning mot en privat aktør, er det uproblematisk å legge til grunn at adressaten for vedtaket har krav på adgang til en domstol for å få lovligheten av vedtaket avgjort. Der ESA retter et direkte bindende vedtak mot en individuell finansmarkedsaktør, har finansmarkedsaktøren en ubetinget adgang til EFTA-domstolen for å få kontrollert vedtakets gyldighet i medhold av ODA Protokoll 8 Artikkel 6 (1).¹¹⁴ De mer uklare grensdragningene oppstår dersom en offentligrettslig beslutning enten ikke er rettet direkte og individuelt mot den aktuelle aktøren, eller beslutningen ikke er bindende.¹¹⁵ EU-finanstilsynenes utkast er ikke bindende for finansmarkedsaktørene, men gir antakelig uttrykk for de sentrale vurderingene

¹¹¹ I EFTA-domstolens praksis kan dette utledes av formuleringer som f.eks. «access to justice», se Sak E-2/02 *Bellona* [2003], avsnitt 36. Et krav om adgang til «a court or tribunal» følger videre av EMK artikkel 6 (1), og Charterets artikkel 47 statuerer rett til adgang til «a tribunal».

¹¹² Se punkt 2.2.2 om prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse sin betydning ved fortolkning av ODA. Om hvem som eventuelt har ansvar for å sikre at ODAs utforming muliggjør slik tolkning, se punkt 3.4.

¹¹³ Jf. ODA Protokoll 8 artikkel 6.

¹¹⁴ Vedtaksprosedyren illustreres i punkt 4.2.

¹¹⁵ I slike tilfeller åpner ODA artikkel 36 (2) for adgang til EFTA-domstolen for private aktører dersom en beslutning fra ESA «angår vedkommende direkte og personlig». Tilsvarende formulering følger av TEUV artikkel 263 (4). For en presentasjon av EFTA-domstolens tilnærming til spørsmålet om domstoladgang, se Christiansen, Pål «Article 36 [Action for annulment]: V. Standing for non-privileged applicants» i *Agreement on the European Economic Area: A Commentary*, Nomos Verlagsgesellschaft, Verlag C.H. Beck, Hart Publishing, Universitetsforlaget 2018, s. 1041–1046, på s. 1042–1043. Som Christiansen påpeker her, anlegger EFTA-domstolen samme tilnærming som EU-domstolen.

både av om rettsvilkårene for rettslig bindende vedtak er oppfylt, og om vedtaket er nødvendig og hensiktsmessig.¹¹⁶ I kapittel 6, drøfter jeg utfordringer ved at EU-finanstilsynenes beslutninger ikke er bindende for finansmarkedsaktørene. I kapittel 7 undersøker jeg om utkastene kan være gjenstand for kontroll uavhengig av ESAs endelige, bindende vedtak.

Foruten minimumskrav til hvem som skal ha adgang, stiller prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse kvalifiserende krav til hva som skal kunne anses som et *domstolorgan*. EMD har lagt til grunn at kravet om et domstolorgan har bakgrunn i at den private aktøren skal være garantert at organer som kan bestemme aktørens rettsstilling med bindende virkning, skal gjøre dette på en måte som er rettferdig, og ikke uttrykk for myndighetsmisbruk.¹¹⁷ Ifølge EMK artikkel 6 (1) må domstolorganet oppfylle krav til uavhengighet og upartiskhet. Domstolen kan derfor ikke ha institusjonell eller personell tilknytning til noen av partene i en sak der den ene har grepet inn i den andres rettsstilling. I utgangspunktet er det dermed bare et domstolorgan som kan avgjøre partenes rettsstilling med rettslig bindende virkning. I forbindelse med offentligrettslig myndighetsutøvelse nyanseres imidlertid dette utgangspunktet fordi offentligrettslige inngrep forutsetningsvis kan ha legitim rettslig bindende virkning for en privat aktørs rettsstilling.¹¹⁸ I disse tilfellene stiller prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse krav om adgang til *etterfølgende kontroll* med lovligheten av det rettslig bindende inngrepet i et uavhengig og objektivt domstolorgan.¹¹⁹ Dette begrunner EFTA-domstolens opprettelse og funksjon som et uavhengig og objektivt kontrollorgan for ESAs myndighetsutøvelse. EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell gjorde ingen endringer for EFTA-domstolens funksjon eller sammensetning som kontrollorgan for ESAs myndighetsutøvelse i rollen som EØS-finanstilsyn. Det er derfor ikke grunnlag for å stille spørsmål ved om EFTA-domstolen oppfyller kravene til upartiskhet og uavhengighet.¹²⁰

EU-finanstilsynenes Klagenemnd er derimot ikke institusjonelt opprettet som en domstol, på samme måte som EU-domstolen, men i stedet et administrativt organ, som EU-

¹¹⁶ Se punkt 4.2.

¹¹⁷ Se bl.a. *Zubac v. Croatia* [GC] ECHR:2018:0405JUD004016012, avsnitt 76, med videre henvisning; for utdyping se Council of Europe og European Court of Human Rights *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights: Right to a fair trial (civil limb)* oppdatert 31. August 2019, tilgjengelig fra <https://echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis/guides&c=#> [sist besøkt 2. juli 2020], avsnitt 84, s. 22.

¹¹⁸ Som påpekt i Hofman, Rowe og Türk (2011) s. 797, utgjør «legalitetskontroll med administrativ myndighetsutøvelse en viktig del av ethvert administrativt system» [min oversettelse].

¹¹⁹ Se *Albert and Le Compte v. Belgium* [P] ECHR:1983:0210JUD000729975, avsnitt 29, som henvist til i Zrvandyan, Arman *Casebook on European fair trial standards in administrative justice*, Folke Bernadotte Academy, Council of Europe, 2016, s. 28 tilgjengelig fra <https://rm.coe.int/16807001c6> [01.07.2020].

¹²⁰ Se EMDs dom i *Konkurrenten.no AS v. Norway* [J], ECHR:2019:1105DEC004734115, avsnitt 46.

finanstilsynene.¹²¹ Som jeg kommer tilbake til i punkt 5.2 kan dette ha betydning for om Klagenemnden kan anses som et domstolorgan, men etter min mening vil Klagenemnden i alle tilfeller bidra til den helhetlige effektive rettsbeskyttelsen fordi den utgjør et rettsmiddel med mandat om å gjennomføre en etterfølgende kontroll.

Et siste formelt krav til en domstol, er at den må ha den *nødvendige kompetansen* til å treffe en rettslig bindende avgjørelse i saken, som blir bestemmende for og utgjør grunnlag for den private aktørens rettsstilling. I EMK artikkel 6, er dette formulert som et krav om «full jurisdiction». Ifølge EMD skal domstolen ha kompetanse til å kontrollere alle forhold ved en administrativ avgjørelse: rettslige, så vel som faktiske.¹²² Dette kommer jeg tilbake til i kapittel 5, der jeg reiser spørsmål ved om dette kan ivaretas i tilstrekkelig grad samtidig som ESA tilkjennes en skjønnsmargin for finansfaglige vurderinger.

At domstolkontrollen skal være effektiv, krever videre at domstolens avgjørelse er bindende, og kan håndheves av den private aktøren overfor myndighetsorganer for å hindre et nytt inngrep.¹²³ EFTA-domstolens avgjørelser er bindende overfor ESA, men i punkt 6.4 reiser jeg spørsmål ved om dette er tilstrekkelig, all den tid EU-finanstilsynene ikke er underlagt EFTA-domstolens jurisdiksjon, samtidig som de har en sentral rolle i forberedelsen av ESAs vedtak. I punkt 7.3 kommenteres dette i tilknytning til hvilken rettsbeskyttelse adgang til EUs klagenemnd vil medføre for finansmarkedsaktører i Norge og de øvrige EØS/EFTA-statene.

Prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse begrunner videre at en markedsaktør har rett til kontradiksjon under rettergangen ved EFTA-domstolen. Dette kommenteres nærmere i punkt 3.3, fordi kontradiksjonsretten også begrunner rettigheter som oppstår i forkant av rettergangen ved EFTA-domstolen.

3.3 Rett til kontradiksjon

En annen hovedgruppe av minimumsrettigheter som må være oppfylt for å ivareta effektiv rettsbeskyttelse på en tilstrekkelig måte, har det til felles at de gir private aktører rett til å få

¹²¹ Se forordninger (EU) 1093/2010, (EU) 1094/2010 og (EU) 1095/2010 [Opprettelsesforordningene] artikkel 58.

¹²² Se EMDs dom i *Ramos Nunes de Carvalho e só v. Portugal* [GC], ECHR:2018:1106JUD005539113, avsnitt 176–177.

¹²³ Se bl.a. EMDs uttalelser i *Hornsby v. Greece* [J], ECHR:1997:0319JUD001835791, avsnitt 40 og 41 med videre henvisninger.

uttale seg, og til å bli hørt i forkant av en rettslig bindende avgjørelse som er bestemmende for aktørens rettsstilling. I det følgende skal jeg presentere disse minimumsrettighetene, som alle springer ut av hensynet til kontradiksjon.

Det mest grunnleggende kravet til å bli hørt kan utledes av EMK artikkel 6, da EMD har lagt til grunn at en part skal ha rett til å få uttale seg og til å få føre bevis til støtte for sin sak under domstolprosessen.¹²⁴ Som jeg kommer tilbake til i punkt 6.3.1 springer disse rettighetene ut av det EMD, og også EU-domstolen, omtaler som retten til «equality at arms». EFTA-domstolen har med dette ansvar for å sikre at kontradiksjonsretten ivaretas gjennom domstolprosessen.

Der inngrepet i en privat aktørs rettsstilling skyldes et offentligrettslig bindende vedtak, skal kontradiksjonsretten i tillegg gjøres reell og effektiv i relasjon til det bindende vedtaket fra ESA. I EU-domstolens praksis omtales dette som «the right to be heard» eller «the right to defence», som for det første innebærer en rett til å bli varslet i forkant av et rettslig bindende vedtak, og videre rett til å få vedtaket begrunnet.¹²⁵ Dette knytter seg generelt både til de rettslige og faktiske forholdene som avgjørelsen bygger på, men blir særlig aktuelt i forbindelse med å avklare riktigheten av de faktiske omstendighetene som må ligge til grunn for at inngrepet skal være lovlig.

ESA har en selvstendig plikt til å sørge for at kravene til kontradiksjon er ivaretatt før vedtaket fattes, og til å gi en tilstrekkelig begrunnelse under EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell.¹²⁶ De relevante bestemmelsene i ODA må fortolkes og anvendes lys av de krav som prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse stiller. Dette kan senere kontrolleres og overprøves av EFTA-domstolen, og vil kunne utgjøre et mulig ugyldighetsgrunnlag i form av vesentlig formfeil, jf. ODA artikkel 36, ved den etterfølgende domstolkontrollen.¹²⁷ I kapittel 6 skal jeg undersøke om finansmarkedsaktørenes rett til kontradiksjon kan ivaretas i tilstrekkelig grad, i lys av at

¹²⁴ Se f.eks. *Jussila v. Finland* [GC], ECHR:2006:1123JUD007305301, avsnitt 40 som henvist til av Schabas (2015) s. 289. Saken gjaldt den straffeprosessuelle grenen av EMK artikkel 6, men som jeg kommer tilbake til i punkt 6.3.1 kan det samme legges til grunn for den sivilprosessuelle grenen.

¹²⁵ Om rett til forhåndsvarsling, se bl.a. EU-domstolens dom i forente saker 100–103/80 *SA Musique Diffusion française and others v Commission of the European Union*, 7. juni 1983, EU:C:1983:158, avsnitt 19, som henvist til i Hofman, Rowe og Türk, (2011) s. 206; om rett til begrunnelse, se bl.a. EU-domstolens dom i Sak C-300/11 *ZZ*, 4. juni 2013, EU:C:2013:363, avsnitt 53 med videre henvisninger, som henvist til av Prechal (2016) s. 149.

¹²⁶ Se hhv. ODA Protokoll 8 artikkel 5 og ODA artikkel 16.

¹²⁷ Se EFTA-domstolens uttalelser i sak E-2/94 *Scottish Salmon Growers Association Limited v EFTA Surveillance Authority* [1995], avsnitt 25; For EU-domstolens praksis, Se bl.a. C-89/08 P [GC] *European Commission v. Ireland and Others* 2. desember 2009 EU:C:2009:742 avsnitt 34 og 35, som henvist til i Craig, Paul og Gráinne De Burca *EU Law: text, cases and material*, 6. utg. Oxford University Press 2015, s. 548.

EU-finanstilsynenes vedtak utgjør sentrale grunnlag for ESAs vedtak, men ikke formelt utgjør del av vedtaket.

3.4 Rettsvirkning ved brudd på prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse: Hva skjer ved motstrid?

Avslutningsvis i dette kapitlet vil jeg knytte noen bemerkninger til hva som skjer dersom en fortolkning av ODAs bestemmelser om EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell til Det europeiske finanstilsynssystemet *ikke* lar seg harmonisere med minimumskravene til effektiv rettsbeskyttelse etter tolkning. Hva er rettsvirkningen dersom utkastmodellen eller fraværet av en egen Klagenemnd medfører at finansmarkedsaktører i Norge og de øvrige EØS/EFTA-statene ikke har tilstrekkelig effektiv rettsbeskyttelse?

Grunnen til at jeg reiser dette spørsmålet, er at svaret er ganske klart – for alle andre tilfeller enn der det er ESA som treffer et rettslig bindende vedtak mot private aktører: I EU-retten har minimumskravene om effektiv rettsbeskyttelse status som primærrett gjennom kodifiseringen i Charteret.¹²⁸ Rådet og Parlamentet i EU plikter å sørge for at sekundærrettsaktene som vedtas ivaretar prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse i henhold til Charter of Fundamental Rights, og EU-domstolen har kompetanse til å prøve gyldigheten av sekundærlovgivning i lys av kravet om effektiv rettsbeskyttelse.¹²⁹ På nasjonalt nivå, både i EU-pilaren og i EFTA-pilaren, legger prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse føringer for medlemsstatenes utforming av prosessuell regulering, som kan kontrolleres og overprøves av EFTA-domstolen gjennom prosedyren for traktatbruddsøksmål.¹³⁰ Ut ifra EMDs avgjørelse i saken *Konkurrenten.no AS v. Norway*, er Norge videre ansvarlig for at EFTA-domstolen gir norske private aktører rettsvern som ikke er vesentlig dårligere enn det som kreves av EMK artikkel 6 (1).¹³¹

Innenfor rammene av EØS-avtalen eller ODA, er det videre ikke klart hvem som har plikt til å sørge for at prosessreguleringen i ODA er utformet på en måte som overholder

¹²⁸ Se TEU artikkel 6 nr. 1.

¹²⁹ Jf. TEUV artikkel 263.

¹³⁰ Se f.eks. EFTA-domstolens uttalelser i Sak E-11/12 *Koch* [2012] avsnitt 121 om krav til ekvivalens og effektivitet. Se tilsvarende EU-domstolens uttalelser i bl.a. C-432/05 [GC] *Unibet* [2007] EU:C:2007:163, avsnitt 43 med videre henvisninger.

¹³¹ *Konkurrenten.no AS v. Norway*, ECHR:2019:1105DEC004734115, avsnitt 39. I saken klagde foretaket Konkurrenten.no AS Norge inn for EMD, med påstand om at EFTA-domstolens behandling av en klage på en beslutning fra ESA ikke oppfylte kravene til en rettferdig rettergang i en domstol etter EMK artikkel 6.

minimumskravene om effektiv rettsbeskyttelse. Norge påvirker utformingen av både EØS-avtalen og ODA, men som del av kollektive beslutningsorganer, og kan ikke endre relevante bestemmelser om ESA eller EFTA-domstolens kompetanse under EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell på egenhånd. Det er EØS/EFTA-statene som kan endre ODA, men dette er gjennom et kollektivt beslutningsorgan i henhold til ODA artikkel 49.¹³² Beslutningsorganet er ikke oppgitt som underlagt EFTA-domstolens jurisdiksjon ifølge ODA artikkel 36. Som Norge, er både Island og Liechtenstein parter til EMK, og kan antas å ha et korresponderende ansvar for å sikre sine rettssubjekter vern i henhold til EMK artikkel 6 (1). Samtidig, er bestemmelsene i ODA inntatt på bakgrunn av EØS-komiteens vedtak om å implementere de tre Opprettelsesforordningene i EØS-avtalen vedlegg IX. Dersom en endring av ODA strider mot EØS-avtalens bestemmelser, vil dette være i strid med EØS/EFTA-statenes EØS-rettslige forpliktelser.

EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell til Det europeiske finanstilsynssystemet ble utformet av EØS-komiteen som EØS-tilpasninger av de relevante EU-rettsaktene inntatt i EØS-avtalens vedlegg IX pkt. Etter ordlyden angir EØS-avtalen at EØS-komiteen skal endre avtalens vedlegg på bakgrunn av rettsendringer i EU-pilaren.¹³³ En adgang til å endre EØS-avtalens bestemmelser uten en foregående endring av relevant EU-rett, fremgår ikke uttrykkelig av EØS-avtalen. EFTA-domstolen uttalte imidlertid i sin rådgivende uttalelse i sak E-6/01 *CIBA* at EØS-komiteens beslutningskompetanse ikke kunne anses som begrenset til å bare endre EØS-avtalen på bakgrunn av foregående endring av EU-rettsakter. Med henvisning til at Kommisjonen støttet dette synspunktet, uttalte EFTA-domstolen at EØS-komiteens beslutninger kunne anses som en «forenklet form for en internasjonal avtale» mellom EU og EUs medlemsstater på den ene siden, og EØS/EFTA-statene på den andre siden.¹³⁴ Videre uttalte EFTA-domstolen at EØS-komiteens grunnleggende mandat var «oppretholdelse av rettsenhet innen EØS-markedet og å sikre beskyttelsen av rettighetene til enkeltpersoner og markedsdeltakere».¹³⁵ Dette tilsier at EØS-komiteen kan være kompetent til å endre EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell som inntatt i EØS-avtalen vedlegg IX, dersom det er nødvendig for å sikre rettsenhet og beskyttelse

¹³² Se Poulsen, Thomas Chr., «Article 49 [Amendments to the SCA]» i Arnesen et.al. (red.), *Agreement on the European Economic Area: A Commentary*, Nomos Verlagsgesellschaft, Verlag C.H. Beck, Hart Publishing, Universitetsforlaget 2018, s. 1075.

¹³³ Se bl.a. EØS-avtalen artikkel 99 og 102, jf. artikkel 98.

¹³⁴ Se Sak E-6/01 *CIBA Speciality Chemicals Water Treatment Ltd med flere mot Den norske stat, representert ved Arbeids- og administrasjonsdepartementet* [2002], avsnitt 33.

¹³⁵ *Ibid.*

av privates rettigheter.¹³⁶ Ifølge EØS-avtalen artikkel 105 nr. 2 og 3, samt artikkel 106, har EØS-komiteen ansvar for å sikre homogenitet mellom EØS-avtalens bestemmelser, og EU-rettsaktene. Som påpekt i punkt 2.2.2 gir prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse uttrykk for det minimum av homogenitet som skal foreligge i EØS-område, med hensyn til prosessuell regulering for beskyttelse av private aktørers rettigheter. Hvis EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell ikke ivaretar prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse i tilstrekkelig grad, foreligger det ikke homogenitet. EØS-komiteen er imidlertid heller ikke et rettssubjekt som kan holdes ansvarlig av EFTA-domstolen eller EU-domstolen.

På overnasjonalt nivå i EFTA-pilaren foreligger det med dette ikke noe klart autoritativt grunnlag for at *prosessreguleringen* i ODA må oppfylle prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse. Et spørsmål av mer praktisk betydning, er hvordan EFTA-domstolen skal forholde seg til en slik situasjon der bestemmelser i ODA ikke lar seg harmonisere med kravene til effektiv rettsbeskyttelse. ODA angir ikke noen bestemmelse som medfører at EFTA-domstolen kan kjenne et vedtak fra ESA ugyldig i et tilfelle der ESAs vedtak er i samsvar med bestemmelser i EØS-avtalen og ODA, men strider mot prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse. I motsetning til i EU-pilaren, har ikke det EØS-rettslige prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse noen klar forrang foran skreven EØS-rett.¹³⁷ Det er altså ikke gitt at EFTA-domstolen har nødvendig kompetanse til å reparere eventuelle mangler ved ivaretagelsen av effektiv rettsbeskyttelse ved å se bort ifra skrevne bestemmelser, dersom mangelen ikke lar seg løse innenfor rammene for dynamisk tolkning. Som man vil se i kapittel 5 og 6, kan prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse tilsynelatende få reell gjennomslagskraft innenfor rammene av ODA, slik at EFTA-domstolen har et handlingsrom til å tilpasse legalitetskontrollen for ivaretagelse av effektiv rettsbeskyttelse.

Spørsmålet om hva som skjer ved motstrid er et sentralt utgangspunkt for å kartlegge virkningen av prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse, og slik vise prinsippets gjennomslagskraft. Men for oppgavens hovedproblemstilling, er imidlertid spørsmålet av mindre betydning. Oppgavens siktemål er å avgjøre hvorvidt det er grunn til å slå fast at prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse er mangelfullt ivare tatt under EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell til Det europeiske finanstilsynssystemet. Kronologisk oppstår spørsmålet *om hvorvidt* prinsippet om effektiv

¹³⁶ Som jeg kommer tilbake til kapittel 7.3 forutsetter imidlertid dette at EØS-komiteen kan komme til enighet om en endring, og at endringen ikke strider mot konstitusjonelle forutsetninger hos EØS-komiteens medlemmer.

¹³⁷ Som påpekt i punkt 2.3.1 er prinsippet kodifisert som del av EUs primærrett i EUs Charter om grunnleggende rettigheter jf. TEU artikkel 6 nr. 1.

rettsbeskyttelse ikke er tilstrekkelig ivaretatt før spørsmålet om hva som skjer *dersom det er klart* at effektiv rettsbeskyttelse ikke er tilstrekkelig ivaretatt. I masteroppgaven er spørsmålet *hvorvidt* det foreligger motstrid mellom gjeldende prosessuell regulering og minimumskravene til effektiv rettsbeskyttelse. Som påpekt tidligere, beror dette på om ODA kan tolkes på en måte som gir samsvarende eller bedre vern enn det som følger av minimumskravene.

4 Rettslig bindende vedtak under EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell

4.1 Overordnet om ESAs vedtak mot finansmarkedsaktører

Som påpekt i forrige kapittel har markedsaktører krav på en rekke minimumsrettigheter medhold av prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse.¹³⁸ Rettighetene skal samlet gi effektive rettsmidler og en rettferdig rettergang til beskyttelse mot vedtak fra ESA som griper inn i finansmarkedsaktørenes rettsstilling. Under EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell vil et vedtak fra ESA som er gitt som reaksjon på rettsstridig finansmarkedsaktivitet hos individuelle private markedsaktører aktivere rettighetene som samlet skal etablere effektiv rettsbeskyttelse. I utgangspunktet er det som nevnt i punkt 1.2 nasjonale tilsynsmyndigheter som har i oppgave å håndheve finansmarkedsreglene overfor private aktører under Det europeiske finanstilsynssystemet, og dermed også under EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell. Samtidig var det en forutsatt nyskaping ved etableringen av Det europeiske finanstilsynssystemet at de overnasjonale tilsynsmyndighetene skulle ha mulighet til å gripe inn med bindende tiltak dersom nasjonale tilsyn ikke oppfylte denne oppgaven.¹³⁹ Dette er grunnen til at Opprettelsesforordningene åpner for at de overnasjonale finanstilsynene skal kunne iverksette rettslig bindende tiltak direkte overfor finansmarkedsaktørene dersom nasjonale tilsynsmyndigheter ikke overholder sin plikt til å håndheve finansmarkedsreglene selv, og situasjonen krever det. I dette kapittelet skal jeg redegjøre nærmere for ESAs direkte bindende vedtak mot finansmarkedsaktører under EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell.

I medhold av Opprettelsesforordningene artikkel 17 nr. 6, 18 nr. 4 og 19 nr. 4, kan ESA på nærmere vilkår vedta et rettslig bindende pålegg «til en finansiell institusjon hvorvidt den krever at denne tager de nødvendige skridt til at oppfylde sine forpliktelse i henhold til [EØS]-retten, herunder til at ophøre med en given praksis». De EØS-rettslige forpliktelsene for finansmarkedsaktørene følger av de rettsaktene som er angitt i Opprettelsesforordningene artikkel 1 nr. 2 og gjennomført i EØS-avtalen Vedlegg IX. Gjennom prosedyrene i Opprettelsesforordningene artikkel 17, 18 og 19 har ESA dermed mulighet til å gripe inn i

¹³⁸ Se kapittel 3.

¹³⁹ Se punkt 1.2.

ethvert brudd på finansmarksreglene som er omfattet av EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell, og som i utgangspunktet skal håndheves av nasjonale myndigheter. Hva angår tilsynet med kredittvurderingsbyråer, er hele tilsynsoppgaven tillagt de overnasjonale myndighetene ved CRA II-forordningen fra 2011.¹⁴⁰ Gjennom reglene her, som er inntatt i EØS-avtalen vedlegg IX, kan ESA på nærmere vilkår ilegge bøter eller tvangsmulkt mot kredittvurderingsbyråer, i tillegg til å vedta pålegg som for eksempel tilbaketrekking av tillatelser eller pålegg om stans.¹⁴¹

For oppgavens formål om å vurdere om effektiv rettsbeskyttelse er ivaretatt i tilstrekkelig grad under EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell, fungerer de nevnte vedtaksformene som hensiktsmessige eksempler. Som jeg kommer tilbake til i punkt 5.3, vil vedtakets karakter ha betydning for hvor sterkt kravet til effektiv rettsbeskyttelse gjør seg gjeldende, men det viktigste utgangspunktet er at de alle er eksempler på inngripende vedtak som aktiverer kravet om effektiv rettsbeskyttelse. Oppgavens problematisering av ivaretakelsen av effektiv rettsbeskyttelse, knytter seg overordnet til EU-finanstilsynenes rolle i forbindelse med ESAs vedtak under EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell. Bestemmelsene om oppgavefordelingen mellom ESA og EU-finanstilsynene i forbindelse med ESAs rettslig bindende vedtak og om EFTA-domstolens etterfølgende prøving er like, uavhengig av det nærmere innholdet i ESAs inngripende vedtak mot individuelle finansmarksaktører. Det er altså fortrinnsvis det institusjonelle rammeverket og hvordan de prosessuelle rettighetene gjennomføres som står i fokus.

I utgangspunktet er minimumsrettighetene for effektiv rettsbeskyttelse til stede under EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell: ESA har plikt til å varsle adressaten i forkant av et vedtak, og til å begrunne vedtaket.¹⁴² Finansmarksaktøren har så rett til å klage vedtaket inn til EFTA-domstolen for en etterfølgende legalitetskontroll.¹⁴³ Foruten kravet om etterfølgende kontroll med vedtaket en kvalifisert domstol, legger ikke prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse noen føringer for hvilke institusjoner som skal treffe det inngripende vedtaket.¹⁴⁴

¹⁴⁰ Se Europaparlamentets og Rådets forordning (EU) 513/2011 «om ændring af forordning (EC) nr. 1060/2009 om kreditvurderingsbureauer» [CRA II] som inntatt i EØS-avtalen vedlegg IX pkt. eb.

¹⁴¹ *Ibid.* artikkel 36a og 36b, og artikkel 24.

¹⁴² Jf. ODA Protokoll 8 artikkel 5 og ODA artikkel 16.

¹⁴³ Jf. ODA Protokoll 8 artikkel 6, med henvisning til ODA artikkel 35, 36 og 37.

¹⁴⁴ Se punkt 3.2.

Rettighetene må imidlertid kunne realiseres på en tilstrekkelig effektiv måte gjennom bestemmelsene i ODA, og ODA må kunne tolkes i samsvar med minimumskravene til effektiv rettsbeskyttelse om effektive rettsmidler og en rettferdig rettergang.¹⁴⁵ Spørsmålet er om minimumskravene kan realiseres på en tilstrekkelig måte uten tilgang til en Klagenemnd i EFTA-pilaren og under forutsetning av at ESAs vedtak baseres på utkast fra det relevante EU-finanstilsynet. Dette vil bli behandlet i kapittel 5, og 6. I kapittel 4.2 skal jeg først forklare hvordan oppgavefordelingen mellom ESA og EU-finanstilsynene er under utkastmodellen. Det sentrale utgangspunktet her er nødvendigvis at ESAs vedtak er betinget av utkast, men ingen bestemmelser i ODA eller EØS-avtalen utdyper hva utkastene skal inneholde. Mitt inntrykk er at oppgavefordelingen mellom ESA og EU-finanstilsynene i forbindelse med ESAs rettslig bindende vedtak, medfører at EU-finanstilsynene i realiteten har en mer sentral rolle for finansmarkedsaktørens rettsstilling enn det EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell legger opp til. Dette er grunnlaget for oppgavens problematisering av særtrekk ved EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell og utgjør et felles utgangspunkt for analysene av ivaretagelse av effektiv rettsbeskyttelse i de påfølgende kapitlene.

4.2 Oppgavefordelingen mellom ESA og EU-finanstilsynene under utkastmodellen

Som påpekt i kapittel 1.2.2 er utkastmodellen begrunnet i at EU-finanstilsynenes ekspertise og kompetanse skulle utnyttes også i EFTA-pilaren: bare da ville fordelene ved en enhetlig overnasjonal tilsynsmyndighet bli realisert også under EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell. Dette er altså bakgrunnen for at ESA skal treffe vedtak basert på et utkast som er utarbeidet av det relevante EU-finanstilsynet, men krav til innholdet i utkastet er ikke utdypet av verken EØS-komiteen, i EØS-avtalen eller i ODA. I den norske vedtakelsesproposisjonen uttaler det norske Utenriksdepartementet at EU-finanstilsynene utarbeider utkast dersom det er «nødvendig og hensiktsmessig å iverksette rettslig bindende tiltak, og de rettslige vilkårene anses som oppfylt».¹⁴⁶ Selv om det ikke er uttrykkelig nevnt, kan Utenriksdepartementet forstås som at EU-finanstilsynene må gjøre slike vurderinger i forkant av et slikt utkast, og at disse nødvendigvis viderefremmes til ESA i utkastet. Den norske vedtakelsesproposisjonen har ingen rettskildemessig vekt, men oppgavefordelingen mellom ESA og EU-finanstilsynene i

¹⁴⁵ Se punkt 2.2.2 og 3.1.

¹⁴⁶ Prop. 100 S (2015-2016) s. 14.

bestemmelsene som regulerer ESAs myndighet, understøtter dette inntrykket: I bestemmelsene som gjelder for ESAs vedtak på grunnlag av rettsstridig markedsaktivitet som nevnt i punkt. 4.1, er det gjennomgående EU-finanstilsynene som mottar informasjonen om finansmarkedsaktiviteten fra nasjonale myndigheter, eller fra ESA, og som senere vil ligge til grunn for ESAs vedtak.¹⁴⁷

Opprettelsesforordningene artikkel 17 fungerer godt som eksempel for å illustrere oppgavefordelingen mellom ESA og EU-finanstilsynene, til bruk for oppgavens senere analyser. Oppgavefordelingen mellom ESA og EU-finanstilsynene er i hovedtrekk tilsvarende for andre bestemmelser som gir ESA kompetanse til å treffe rettslig bindende vedtak mot finansmarkedsaktører som reaksjon på rettsstridig markedsaktivitet.¹⁴⁸

Opprettelsesforordningene artikkel 17 er etablert for å gi det overnasjonale nivået i Det europeiske finanstilsynssystemet adgang til å reagere på manglende oppfølging av rettsstridig finansmarkedsaktivitet fra nasjonale tilsynsmyndigheter. Prosedyren er utformet i tråd med utgangspunktet om at det er de nasjonale tilsynsmyndighetene som har ansvar for å håndheve finansmarkedsreglene direkte overfor private markedsaktører, og iverksette reaksjoner ved rettsbrudd.¹⁴⁹

Virkeområdet i Opprettelsesforordningene artikkel 17 nr. 1 angir på en god måte den situasjon som må være oppstått:

«Har en kompetent myndighed ikke anvendt de i artikel 1 stk. 2, nævnte retsakter eller har den anvendt dem på en måde som synes at være i strid med [EØS-retten] ... navnlig ved at ikke påse, at en finansiel institution opfylder kravene i disse retsakter, anvender myndigheden de i nærværende artikels stk. 2, 3 og 6».¹⁵⁰

Andre, tredje og sjette ledd i artikkel 17 utgjør hvert sitt steg i den prosedyren som må følges. Det er i sjette ledd, og dermed prosedyrens tredje steg, at det blir aktuelt å treffe et rettslig

¹⁴⁷ Se Forordninger (EU) 1093/2010, (EU) 1094/2010 og (EU) 1095/2010 [Opprettelsesforordningene], artikkel 17 nr. 2 til nr. 6, artikkel 18 nr. 4 og 19 nr. 4 i lys av artikkel 35, i lys av EØS-avtalen vedlegg IX pkt. 31g, pkt. 31h og pkt. 31i; Se Forordning (EU) 513/2011[CRA II] artikkel 24 og 36a og 36b, jf. artikkel 23e i lys av EØS-avtalen vedlegg IX pkt. 31eb.

¹⁴⁸ Se punkt 4.1.

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ Jf. Forordninger (EU) 1093/2010, (EU) 1094/2010 og (EU) 1095/2010 [Opprettelsesforordningene], i lys av tilpasningstekster i EØS-avtalen vedlegg IX pkt. 31g (i), pkt. 31h (i) og 31i (i), artikkel 17 nr. 1. «kompetent myndighed» betyr her nasjonale tilsynsmyndigheter i EØS/EFTA-statene, jf. EØS-avtalen vedlegg IX pkt. 31g (b), pkt. 31h (b) og pkt. 31i (b).

bindende vedtak mot en finansmarkedsaktør. Forutsetningen for å treffe et rettslig bindende vedtak, er at et nasjonalt finanstillsyn ikke har sørget for at en finansmarkedsaktør oppfyller de «krav» eller forpliktelser den har etter spesialrettsaktene som angitt i Opprettelsesforordningene artikkel 1 nr. 2. Et eksempel kan være at det norske Finanstillsynet ikke har iverksatt tilstrekkelige tiltak mot et finansforetaks overtredelse av reglene om minstekapital som følger av det såkalte Solvens II-direktivet, og er gjennomført i finansforetaksloven § 14-11.¹⁵¹

I henhold til tilpasningsteksten i EØS-avtalen, kan det relevante EU-finanstillsynet, i eksempelet EIOPA, iverksette undersøkelser for å avklare om finansforetaket i eksempelet vårt ikke overholder minimumskravene til egenkapital.¹⁵² EIOPA kan så velge å rette en ikke-bindende «henstilling» til Finanstillsynet med anmodning om å iverksette nødvendige tiltak for å avhjelpe rettsbruddet.¹⁵³ Dette er det første prosedyresteg.

Hvis Finanstillsynet ikke svarer på EIOPAs henstilling med en liste over tiltak den skal eller har iverksatt, kan andre steg i prosedyren iverksettes, i henhold til artikkel 17 nr. 4. EIOPA kan da utstede et utkast til ESA, hvorpå ESA gir en såkalt «formell uttalelse» til det norske Finanstillsynet.¹⁵⁴ Den formelle uttalelsen pålegger Finanstillsynet å iverksette tiltak mot finansforetaket som ikke overholder reglene om kapitalkrav. Finanstillsynet må oversende en liste med aktuelle tiltak som det har eller skal iverksette for å avhjelpe rettsbruddet til både ESA og EIOPA. EIOPA er altså her også en deltakende aktør som har kjennskap til hvordan situasjonen utvikler seg, selv om beslutningsmyndigheten nå er tillagt ESA. Forutsetningen om at ESAs vedtak skal være basert på utkast fra EIOPA tilsier at det i realiteten er EIOPA som treffer den innledende avgjørelsen om hvorvidt ESA skal rette en formell uttalelse mot det norske Finanstillsynet. Slik sett er det kanskje ikke like overraskende at EIOPA har god nok oversikt til å også avgjøre om det tredje og siste prosedyresteg, skal iverksettes. Det er her det blir aktuelt å treffe rettslig bindende avgjørelser direkte mot finansforetaket.

¹⁵¹ Jf. Lov 10. april 2015 nr. 17 «Lov om finansforetak og finanskonsern» § 14-11. Se Prop. 125 L (2013-2014) s. 203 som henviser til *Solvens II-direktivet*, Europaparlamentet og Rådets Direktiv 2009/138/EF av 25. november 2009 «om adgang til og udøvelse af forsikrings- og genforsikringsviskromhed» [Solvens II], inntatt i EØS-avtalen Vedlegg IX pkt. 1. Solvens II-direktivet hører under EIOPAs myndighet jf. forordning 2019/2175 [endringsforordningen] artikkel 2 pkt. 1) a) som endrer forordning (EU) 1094/2010 [EIOPA-forordningen] artikkel 1 nr. 2.

¹⁵² Se forordning (EU) 1094/2010 [EIOPA-forordningen] med EØS-tilpasninger jf. EØS-avtalen vedlegg IX pkt. 31h (i), artikkel 17 nr. 2.

¹⁵³ *Ibid.* artikkel 17 nr. 3.

¹⁵⁴ *Ibid.* artikkel 17 nr. 4.

Det tredje og siste prosedyresteget i Opprettelsesforordningene artikkel 17 iverksettes dersom det norske Finanstilsynet ikke etterkommer ESAs formelle uttalelse. I dette tilfellet «kan» ESA, etter utkast fra EIOPA, «vedtage en individuell afgørelse rettet til en finansiell institusjon» dersom «de relevante krav i de artikkel 1, stk. 2 nevnte rettsakter finder umiddelbar anvendelse på finansielle institusjoner» og det er «nødvendig» å reagere på finansforetakets EØS-rettsstridige aktivitet «for at opretholde eller genoprette neutrale konkurrencevilkår på markedet eller sikre det finansielle systems ordnede funktion og integritet».

For at ESA skal fatte et rettslig bindende vedtak, kreves det derfor for det første at det kan påvises at finansforetakets markedsaktivitet er i strid med noen av de forpliktelsene en av spesialrettsaktene oppfyller. For det andre, må et rettslig bindende inngrep være «nødvendig» i lys av de hensyn som er angitt i artikkel 17 nr. 6. Avgjørelsen av om vilkårene er oppfylt, baseres på opplysninger om finansmarkedsaktørens aktivitet. Ser man på prosedyren ovenfor, er det i eksempelet EIOPA, og generelt EU-finanstilsynene, som mottar de nødvendige opplysningene gjennom sine undersøkelser i prosedyrens første steg.¹⁵⁵ Siden ESAs vedtak, først mot det norske Finanstilsynet og subsidiært mot finansmarkedsaktøren som har begått rettsbruddet, er basert på utkast, er det i realiteten utkastet som aktiverer ESAs beslutningsmyndighet. Det stemmer etter min mening da godt at det i den norske vedtakelsesproposisjonen oppgis at EU-finanstilsynene utsteder utkast til ESA for rettslig bindende vedtak «dersom rettslige vilkår er oppfylt og det anses som nødvendig og hensiktsmessig».¹⁵⁶

Likevel skal ESA ifølge ODA Protokoll 8 artikkel 3 (2) treffe vedtak i full uavhengighet, noe jeg mener det kan stilles spørsmål ved ut fra prosedyren beskrevet ovenfor. ESAs vedtak skal treffes «without undue delay» etter at ESA har mottatt utkastet.¹⁵⁷ I lys av dette, og av at det hele tiden er EIOPA som vurderer om neste steg i prosedyren skal iverksettes, er mitt inntrykk at det ikke legges opp til at ESA skal gjøre egne vurderinger av grunnlaget for det vedtaket som eventuelt treffes mot en finansmarkedsaktør. Dette understøttes videre av selve begrunnelsen for utkastmodellen: Å sikre en enhetlig tilsynsmyndighet på overnasjonalt nivå i Det europeiske finanstilsynssystemet, der EU-finanstilsynene bidrar med kapasitet og finansfaglig ekspertise

¹⁵⁵ *Ibid.* artikkel 17 nr. 2 og 3 Tilsvarende gjelder for forholdet mellom ESA og de to øvrige EU-finanstilsynene, EBA og ESMA, se hhv. Forordning (EU) 1093/2010 [EBA] artikkel 17 nr. 2 og 3, og Forordning (EU) 1095/2010 [ESMA] artikkel 17 nr. 2 og 3, jf. hhv. EØS-avtalen vedlegg IX pkt. 31g og 31i med tilpasninger til forordningenes artikkel 17.

¹⁵⁶ Se Prop. 100 S (2015–2016) s. 14

¹⁵⁷ Jf. ODA Protokoll 8 artikkel 3 (2).

som ESA forutsetningsvis ikke har.¹⁵⁸ Fordelt mellom seg har EU-finanstilsynene en særskilt finansfaglig ekspertise som tilsynelatende er nødvendig også for vedtak i EFTA-pilaren under EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell.

Det er i lys av dette jeg stiller spørsmål ved om effektiv rettsbeskyttelse kan ivaretas i tilstrekkelig grad under EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell. For det første kan det spørres om det er forsvarlig at de vedtakene på finansmarkedsrettens område som i EU-pilaren er gjenstand for en etterfølgende kontroll i en egen Klagenemnd, i tillegg til legalitetskontroll i EU-domstolen, ikke kontrolleres på samme måte i EFTA-pilaren. Denne problemstillingen behandles i kapittel 5, der jeg undersøker om EFTA-domstolen kan gi en tilstrekkelig effektiv etterfølgende kontroll av finansfaglige vurderinger til grunn for et vedtak, uten at vedtaket også kontrolleres av et organ tilsvarende EU-finanstilsynenes Klagenemnd.

Videre kan det spørres om finansmarkedsaktørene som er adressater for ESAs vedtak har krav på å bli informert om, og få innsyn i, utkastene som ESAs vedtak bygger på, og om utkastene kan prøves som del av ESAs beslutning av EFTA-domstolen. Dette behandles i kapittel 6 der jeg undersøker om finansmarkedsaktørenes rett til kontradiksjon og effektiv etterfølgende kontroll kan gjennomføres.

Begge disse problemstillingene knytter seg som nevnt i punkt 1.1 til særtrekk ved EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell. Problemstillingene ville blitt effektivt eliminert dersom EU-finanstilsynenes utkast kunne blitt prøvd av EUs kontrollorganer. I kapittel 7 undersøke jeg mulighetene for dette.

¹⁵⁸ Se punkt 4.1.

5 EFTA-domstolens kompetanse til å overprøve finansfaglige vurderinger

5.1 Innledning

I dette kapittelet skal jeg undersøke om det får betydning for ivaretagelse av effektiv rettsbeskyttelse at private finansmarkedsaktører ikke har tilgang til en egen Klagenemnd under EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell. I Opprettelsesforordningene er EU-finanstilsynenes Klagenemnd er oppgitt som et «rettsmiddel» for etterfølgende kontroll med EU-finanstilsynenes vedtak mot finansmarkedsaktører, i tillegg til EU-domstolen.¹⁵⁹ Som påpekt i punkt 4.2 er ESAs rettslig bindende vedtak på finansmarkedsrettens område ment å svare til de bindende vedtak EU-finanstilsynene kan treffe i EU-pilaren. Konsekvensen er at finansmarkedsaktører i hele EØS-området kan utsettes for samme type inngrep fra overnasjonale tilsynsmyndigheter under Det europeiske finanstilsynssystemet. Samtidig er det bare i EU-pilaren at disse inngrepene, i form av rettslig bindende vedtak, vil være gjenstand for en etterfølgende kontroll i et eget klageorgan, i tillegg til i en domstol. I begge pilarer må adgangen til etterfølgende kontroll oppfylle nødvendige minimumskrav effektiv rettsbeskyttelse. Fraværet av en egen Klagenemnd under EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell til Det europeiske finanstilsynssystemet medfører at det er en forskjell i utformingen av det institusjonelle rammeverket mellom pilarene. Ivaretagelse av effektiv rettsbeskyttelse må derfor vurderes konkret for EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell. EMK artikkel 6 er her en sentral kilde for å fastlegge de nærmere kravene til etterfølgende kontroll som markedsaktører i EØS/EFTA-statene kan påberope seg under prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse.¹⁶⁰

Innledningsvis må det påpekes at fraværet av en egen Klagenemnd ikke i seg selv bryter med minimumskrav til effektiv rettsbeskyttelse. EMK artikkel 6 (1) krever adgang til «en» domstol, og ifølge EMD er dette tilstrekkelig såfremt domstolen utgjør høyeste instans. I dommen *Konkurrenten.no AS mot Norge* konstaterte EMD at EFTA-domstolens kontroll med ESAs vedtak i en statsstøttesak oppfylte kravet om rettfærdig rettergang selv om avgjørelsen ikke

¹⁵⁹ Se Forordninger (EU) 1093/2010, (EU) 1094/2010 og (EU) 1095/2010 [Opprettelsesforordningene] artikkel 60.

¹⁶⁰ Se punkt 2.3.2.

kunne ankes.¹⁶¹ EMD konstaterte også at EFTA-domstolens konkrete behandling av satsstøttesaken var i overensstemmelse med menneskerettighetskonvensjonens krav.¹⁶²

EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell medførte ingen endringer i EFTA-domstolens rolle eller kompetanse som kontrollorgan for ESAs vedtak. ESAs vedtak kan klages inn av fysiske eller juridiske personer som enten har fått vedtaket direkte rettet mot seg, eller er berørt i tilstrekkelig grad.¹⁶³ EFTA-domstolen vurderer vedtakets gyldighet i henhold til kriteriene opplistet i ODA artikkel 36 (1), og kan endre ESAs vedtak dersom det innebærer økonomiske sanksjoner i henhold til ODA artikkel 35. Videre kan passivitetssøksmål kan anlegges i medhold av ODA artikkel 37. Reglene om adgang til EFTA-domstolen for kontroll med ESAs vedtak under EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell skiller seg derfor ikke fra områdene for konkurranse- og statsstøtterett. EFTA-domstolens kompetanse til etterfølgende kontroll ESAs vedtak på finansmarkedsrettens område vil svare til EU-domstolens kompetanse for kontroll med EU-finanstilsynene eller Klagenemndens avgjørelser i henhold til TEUV artikkel 263.¹⁶⁴

Samtidig, selv om EFTA-domstolen er i stand til å ivareta effektiv rettsbeskyttelse i tilstrekkelig grad på andre områder, er det ikke gitt at EFTA-domstolens oppfyller nødvendige krav til etterprøving av ESAs vedtak på finansmarkedsrettens område. EØS-avtalen har ikke tidligere lagt opp til et system der ESAs vedtak mot private aktører er basert på utkast fra et EU-byrå. I EU-pilaren vil tilsvarende vedtak fra EU-finanstilsynenes Klagenemnd være gjenstand for kontroll i Klagenemnden i tillegg til i EU-domstolen. Ivaretagelse av effektiv rettsbeskyttelse vurderes for hele prosessen med etterfølgende kontroll.¹⁶⁵ I EU-pilaren inkluderer dette derfor både kontrollen som Klagenemnden gjennomfører, og den videre overprøvingen i EU-domstolen. Klagenemnden og EU-domstolen skal derfor til sammen må sørge for at alle minimumskravene for effektiv rettsbeskyttelse er til stede. I EFTA-pilaren må EFTA-domstolen derimot oppfylle alle krav som stilles til etterfølgende kontroll med et administrativt inngripende vedtak fra ESA.

¹⁶¹ Se EMDs dom i *Konkurrenten.no AS mot Norge*, ECHR:2019:1105DEC004734115, avsnitt 42 og 45. EFTA-domstolen har lagt tilsvarende til grunn i sak E-15/10 *Posten Norge* [2012] avsnitt 92.

¹⁶² Se EMDs dom i *Konkurrenten.no AS mot Norge*, ECHR:2019:1105DEC004734115, avsnitt 42.

¹⁶³ Jf. ODA Artikkel 36 (2), jf. ODA Protokoll 8 artikkel 6 (1).

¹⁶⁴ De relevante reglene om EU-domstolens etterfølgende kontroll følger av Forordninger (EU) 1093/2010, (EU) 1094/2010 og (EU) 1095/2010 [Opprettelsesforordningene] artikkel 61 nr. 1, nr. 2 og nr. 3, som henviser til reglene om EU-domstolens legalitetskontroll, bl.a. TEUV artikkel 263. EFTA-domstolen har lagt til grunn at TEUV artikkel 263 er en bestemmelse som er «identical in substance» med ODA artikkel 36, se bl.a. Sak E-2/02 *Bellona* [2003] avsnitt 13 med videre henvisninger.

¹⁶⁵ Se punkt 3.2.

Det er derfor av interesse å avklare om Klagenemnden tilfører noe til den helhetlige etterfølgende prøvingen av EU-finanstilsynenes som ikke gjøres ved EFTA-domstolens kontroll av ESAs vedtak. Dette behandles i punkt 5.2. Videre er det avgjørende spørsmålet om EFTA-domstolens kontroll med ESA er tilstrekkelig, til tross for fraværet av en egen Klagenemnd. Dette behandles i punkt 5.3. Som påpekt i punkt 2.2.2 er ikke det avgjørende om EFTA-domstolen kan prøve vedtaket på samme måte som Klagenemnden. Det avgjørende er at EFTA-domstolens kontroll oppfyller minimumskravene til effektiv rettsbeskyttelse, slik at det blir et minimum av likhet mellom hvordan effektiv rettsbeskyttelse ivaretas mellom EFTA-pilaren på den ene siden, og EU-pilaren på den andre. EFTA-domstolens etterprøving må med andre ord oppfylle finansmarkedsaktørens rett til en rettferdig rettergang i henhold til EMK artikkel 6 og dermed gi tilstrekkelig effektiv rettsbeskyttelse i form av etterfølgende kontroll med ESAs bindende vedtak.¹⁶⁶

Jeg har valgt å undersøke om rammene for EFTA-domstolens kontroll med finansfaglige vurderinger skiller seg fra rammene for Klagenemndens kontroll med finansfaglige vurderinger. I den norske vedtakelsesproposisjonen oppga det norske Utenriksdepartementet at «[i] likhet med EU-domstolen i sin overprøving av EU-tilsynsmyndighetenes vedtak, vil EFTA-domstolen ved overprøving av vedtak fattet av EFTAs overvåkingsorgan ikke først og fremst gjøre en vurdering av de rent finansfaglige vurderingene, men prøve vedtakets gyldighet».¹⁶⁷ Selv om Utenriksdepartementet ikke presiserer det, er dette nødvendigvis en henvisning til EU-domstolens premisser i forbindelse med legalitetskontroll av såkalte *komplekse økonomiske vurderinger* (heretter «finansfaglige vurderinger»). Premissene er utviklet for legalitetskontroll med Kommisjonens myndighetsutøvelse, også i form av vedtak mot individuelle markedsaktører, og EU-domstolens avgjørelse i sak *Remia* fra 1985 utgjør et tidlig eksempel fra konkurranserettens område.¹⁶⁸ Der oppfyllelse av rettsvilkår for Kommisjonens utøvende myndighet beror på finansfaglige vurderinger, i tillegg til rent rettslige vurderinger, er de finansfaglige vurderingene underlagt en lovlig skjønnsmargin som begrenser domstolens

¹⁶⁶ Om EMK som rettskilde ved fastlegging av innholdet i prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse, se 2.3.2. For generell omtale av det overordnede kravet til rettferdig rettergang og krav til etterfølgende domstolsprøving, se 3.1 og 3.2.

¹⁶⁷ Prop. 100 S (2015–2016) s. 16.

¹⁶⁸ Sak C-42/84 *Remia* 11. juli 1985, EU:C:1985:327, avsnitt 34; se videre Innstilling fra Generaladvokat Kokott i sak C-441/07 P *Alrosa Company Ltd. mod Kommisjonen*, 17. september 2009 EU:C:2009:555, avsnitt 70 og 77 med videre henvisninger til praksis på konkurranserettens område; På statsstøtterettens område er utgangspunktet for fastlegging av Kommisjonens skjønnsmargin det samme, se bl.a. sak C-525/04 P *Spain v. Lenzing* 22. november 2007 EU:C:2007:698, avsnitt 57 med videre henvisninger.

overprøvningskompetanse.¹⁶⁹ EFTA-domstolen har lagt tilsvarende til grunn for kontroll med finansfaglige vurderinger for ESAs vedkommende.¹⁷⁰ Dette medfører en nyansering av utgangspunktet for EU-domstolens og EFTA-domstolens overprøving av administrative vedtak ved legalitetskontroll.

Det grunnleggende utgangspunktet for EU-domstolens legalitetskontroll er at EU-domstolen har kompetanse til å overprøve alle forhold ved EU-organers tolkning og anvendelse av EU-retten.¹⁷¹ Det grunnleggende formålet med EU-domstolens legalitetsprøving er å kontrollere om EU-retten har blitt tolket og anvendt på *riktig* måte, i lys av rettspraksis, rettsprinsipper og formålsbetraktninger (EU-rettslige rettskildeprensipp), holdt opp mot de faktiske forholdene i saken.¹⁷² Dette utgangspunktet nyanseres i tilfeller der rettsvilkårene for Kommisjonens myndighetsutøvelse er vidt formulerte, og ikke bare krever juridiske vurderinger, men også vurderinger av økonomisk eller teknisk art (finansfaglige vurderinger).¹⁷³ Ifølge EU-domstolens praksis, er slike finansfaglige vurderinger underlagt en skjønnsmargin som begrenser domstolens overprøvningskompetanse. Subsumsjonen beror her altså ikke bare på vurderinger av faktiske forhold som er fullt ut rettslige, men også på vurderinger av finansfaglig eller teknisk karakter. Det må presiseres at dette ikke medfører at den kompetansen som EFTA-domstolen har etter ODA artikkel 36 ved ugyldighetsprøving ikke får anvendelse. Ugyldighetsgrunnene som er opplistet her, er tilsvarende som for EU-domstolen i henhold til TEUV artikkel 263 (2), og det er disse som er avgjørende for om vedtaket kan overprøves eller ikke. Etter min mening kan EU-domstolens særskilte premisser for legalitetskontroll med finansfaglige vurderinger i stedet forklares som en form for presisering av hva som skal til for å overprøve finansfaglige vurderinger under ugyldighetskriteriene.

¹⁶⁹ Se Craig (2019) s. 440.

¹⁷⁰ Se sak E-9/12, *Iceland v. EFTA Surveillance Authority*, 22. juli 2013, EFTA ct. Rep. 2013 book 1 S. 457–491, [heretter sak E-9/12, *Iceland v. ESA*] avsnitt 56 og 64 med videre henvisninger; Se Christiansen, Per «Article 36: Action for annulment» i Arnesen, Finn, Halvard Haukeland Fredriksen, Hans Petter Graver, Ola Mestad og Christoph Vedder (red.), *Agreement on the European Economic Area: A Commentary*, Nomos Verlagsgesellschaft, Verlag C.H. Beck, Hart Publishing, Universitetsforlaget 2018, s. 1041–1046, s. 1042.

¹⁷¹ Se Craig, (2019) s. 444.

¹⁷² *Ibid.* s. 438 og s. 444.

¹⁷³ *Ibid.* s. 440. Til illustrasjon, har en slik skjønnsmargin likhetstrekk med det som i norsk rett kalles forvaltningens «rettsanvendelsesskjønn», se Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 5. utgave, Universitetsforlaget 2019, s. 254. Hvorvidt det i det hele tatt er tale om finansfaglige vurderinger underlagt en skjønnsmargin, må bestemmes ved fortolkning av rettsgrunnlaget. For oppgavens formål, om å undersøke ivaretagelse av effektiv rettsbeskyttelse under forutsetning om at det er tale om kontroll med finansfaglige vurderinger, er det ikke nødvendig å gå nærmere inn på dette.

EU-domstolen har lagt til grunn at finansfaglige vurderinger ikke skal overprøves av domstolen med mindre de bygger på uriktig forståelse av faktiske forhold, eller åpenbart uriktig skjønnsbruk.¹⁷⁴ Det er denne siste begrensningen til å bare overprøve dersom det er tale om «åpenbart uriktig skjønnsbruk», som er uttrykk for skjønnsmarginen som tilkjennes det utøvende myndighetsorganet ved håndhevelsen av relevante regler. Hva som skal til for å anse terskelen «åpenbart uriktig skjønnsbruk» som overtrådt, fremgår ikke klart av EU-domstolens praksis.¹⁷⁵ Domstolene har i alle tilfeller full overprøvingskompetanse til å kontrollere riktigheten av faktiske forhold i bevisvurderingen.

For oppgavens formål, er det sentrale spørsmålet om og eventuelt hvilken betydning denne skjønnsmarginen, og da særlig terskelen «åpenbart uriktig skjønnsbruk» får for ivaretagelse av finansmarkedsaktørens rett til effektiv rettsbeskyttelse. Skjønnsmarginen er utslag av det grunnleggende prinsippet om institusjonell maktbalanse, som er etablert gjennom EU-domstolens praksis: “[E]ach of the [EU] institutions must exercise its powers with due regard for the powers of the other institutions”.¹⁷⁶ Som dømmende myndighet, med mandat til å kontrollere tolkning og anvendelse av EU-retten, har EU-domstolen med dette plikt til å respektere de vurderinger fra andre myndighetsorganer som ikke er av juridisk karakter. EFTA-domstolen har også inntatt dette utgangspunktet.¹⁷⁷ På den annen side utgjør også de finansfaglige vurderingene del av subsumsjonen som ligger til grunn for å avgjøre om et rettsvilkår er oppfylt eller ikke. Prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse stiller krav om at etterfølgende prøving av et inngripende vedtak skal sikre en forsvarlig kontroll med vedtaket. EU-domstolen og EFTA-domstolen har med dette plikt til å ivareta effektiv rettsbeskyttelse på den ene siden, og samtidig hensynet til institusjonell maktbalanse på den andre siden.

¹⁷⁴ Se bl.a. Sak C-42/84 *Remia* [1985] EU:C:1985:327, avsnitt 34; Forente saker C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P and C-219/00 P *Aalborg Portland and Others v Commission* 7. juni 1983, EU:C:1983:158, avsnitt 279 med videre henvisninger; se Lenaerts, Koen, Ignace Maselis og Kathleen Gutman, *EU Procedural Law*, Oxford University Press 2014, s. 392 punkt 7.193.

¹⁷⁵ Schweitzer påpeker at EU-domstolens praksis i det hele tatt gir lite klarhet vedrørende hva som egentlig utgjør åpenbart uriktig skjønnsutøvelse: «... the Union courts’ long-standing jurisprudence according to which the Commission enjoys a “margin of appreciation” in the appraisal of complex economic and technical matters has raised questions. Little clarity exists on the rationale of the jurisprudence, and how exactly it influences the intensity of judicial review», se Schweitzer, Heike «Judicial Review in EU Competition Law» i Geradin, Damien og Ioannis Lianos (eds.), *Research Handbook on EU Antitrust Law*, Edward Elgar Publishing 2013, pkt. I [nettbasert versjon før bokens publisering hentet fra https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2129147 sist besøkt 14.07.20].

¹⁷⁶ Se sak C-70/88, *Parliament v. Council* 4. oktober 1991 EU:C:1991:373, avsnitt 22; Se tilsvarende sak C-133/06 *Parliament v. Council [GC]* 6. mai 2008, EU:C:2008:257, avsnitt 57.

¹⁷⁷ Se sak E-9/12, *Iceland v. ESA* avsnitt 56.

Jeg kommer tilbake til hvordan EFTA-domstolen har forholdt seg til denne avveiningen mellom hensynet til ESAs skjønnsmargin og ivaretagelse av effektiv rettsbeskyttelse i kapittel 5.3. I denne omgang er det sentrale å konstatere at domstolene opererer med en skjønnsmargin ved legalitetskontroll med finansfaglige vurderinger. Det er nemlig grunn til å stille spørsmål ved om Klagenemnden, på tilsvarende måte som domstolene, er forpliktet til å tilkjenne EU-finanstilsynene noen skjønnsmargin under sin behandling av klager på EU-finanstilsynenes vedtak. Dette blir behandlet i punkt 5.2.

5.2 Klagenemndens kontroll med finansfaglige vurderinger

I EU-pilaren kan EU-finanstilsynenes rettslig bindende vedtak mot fysiske og juridiske personer klages inn for EU-finanstilsynenes Klagenemnd for etterfølgende kontroll, før saken klages inn til EU-domstolen, i henhold til bestemmelsene i Opprettelsesforordningene artikkel 60.¹⁷⁸ I det følgende skal jeg drøfte om Klagenemnden tilfører noe til den etterfølgende kontrollen med EU-finanstilsynenes vedtak, som EFTA-domstolen ikke kan foreta ved legalitetskontroll med ESAs vedtak.

Klagenemnden er felles for de tre EU-finanstilsynene, og ble opprettet med likelydende bestemmelser i de tre Opprettelsesforordningene.¹⁷⁹ Opprettelsen av Klagenemnden har ingen uttrykkelig forankring i EU-traktatene.¹⁸⁰ Selv om Klagenemnden foretar etterfølgende kontroll med EU-finanstilsynenes vedtak, utgjør den ikke del av EUs domstolsapparat, men er i stedet et administrativt organ, plassert i EUs forvaltningssektor.

I saken *IPE v. ESMA* kom Klagenemnden med en uttalelse som kan tilsi at dennes kontroll ikke svarer til en legalitetskontroll i EU-domstolen:

«... In the Board's experience, the distinction between a judicial review by a court, and an appeal to a specialist body or tribunal, is well understood in the field of financial

¹⁷⁸ Se Forordninger (EU) 1093/2010, (EU) 1094/2010 og (EU) 1095/2010 [Opprettelsesforordningene] artikkel 60 om adgang til Klagenemnden, og artikkel 61 om adgang til EU-domstolen.

¹⁷⁹ Klagenemndens sammensetning, uavhengighet og kompetanse er likt regulert for kontroll med de tre EU-finanstilsynenes myndighetsutøvelse i Opprettelsesforordningene, se forordninger (EU) 1093/2010, (EU) 1094/2010 og (EU) 1095/2010, artikkel 58–60.

¹⁸⁰ Forfatterne Chirulli og De Lucia påpeker at det konstitusjonelle legitimitetsgrunnlaget for opprettelse av Klagenemnden kan finnes i TEUV artikkel 263 (5), se Chirulli, Paola og Luca De Lucia, «Specialised adjudication in EU administrative law: the Boards of Appeal of EU agencies», i *European Law Review*, (2015) vol. 40 nr. 6, s. 832–857, på s. 835.

regulation and supervision. The effect of the ESMA Regulation is that both remedies are available ... Article 60 provides for “Appeals” to the Board of Appeal, and Article 61 provides for “Actions before the Court of Justice of the European Union” ... The automatic application of limitations applicable to proceedings under Articles 263 and 265 TFEU ... is, in the Board’s opinion, inappropriate in the case of a right of appeal under Article 60 of the ESMA Regulation». ¹⁸¹

Uttalelsen knytter seg ikke direkte til spørsmålet om grensene for Klagenemndens kontroll med finansfaglige vurderinger. Spørsmålet Klagenemnden måtte ta stilling til, var om vilkårene for private aktørers adgang til Klagenemnden måtte tolkes i samsvar med de likelydende vilkårene for adgang til EU-domstolen i TEUV artikkel 263 (4). I ettertid har EU-domstolen i en sak med samme spørsmål lagt til grunn at vilkårene for private aktørers adgang til EU-finanstilsynenes Klagenemnd i Opprettelsesforordningene artikkel 60 nr. 1 skal tolkes i samsvar med likelydende vilkår i TEUV artikkel 263 (4). ¹⁸² Klagenemnden kan derfor i utgangspunktet bare kontrollere avgjørelser med rettslig bindende virkning overfor finansmarkedsaktører. ¹⁸³ EU-domstolen har imidlertid ikke kommet med uttalelser som prinsipielt avviser Klagenemndens sontring mellom kontroll i et spesialistorgan og legalitetskontroll i en domstol. Hvorvidt det er en reell forskjell, må avgjøres på bakgrunn av bestemmelsene om Klagenemndens kompetanse som angitt i Opprettelsesforordningene artikkel 60.

Klagenemndens overprøvningskompetanse er angitt i Opprettelsesforordningene artikkel 60 (4): ¹⁸⁴ «Hvis klagen kan antages til behandling, undersøger klagenævnet, om den er velbegrunnet». Uttrykket «den» viser nødvendigvis tilbake til «klagen» som kan antas til behandling. Ordlyden tilsier etter min mening at Klagenemnden har kompetanse til å undersøke om *klagen* er velbegrunnet. ¹⁸⁵ Med henvisning til artikkel 60 (4) mener derimot Hertzberg at «[k]lageorganet kan kontrollere om *avgjørelsen* er «well-founded»». ¹⁸⁶ Om Hertzbergs

¹⁸¹ Se Klagenemndens avgjørelse i sak BoA-2014-05, *Investor Protection Europe sprl. v. The European Securities and Markets Authority*, 10. november 2014, avsnitt 38 og 39.

¹⁸² Se sak C-577/15 P, *SV Capital OÜ v European Banking Authority (EBA), European Commission*, 14. desember 2016 EU:C:2016:947, avsnitt 45, som opprettholdt Underrettens dom av i sak T-660/14 *SV Capital OÜ v. European Banking Authority* 9. september 2015 EU:T:2015:608.

¹⁸³ Dette kommer jeg tilbake til i kapittel 7.2.

¹⁸⁴ Se forordninger (EU) 1093/2010, (EU) 1094/2010 og (EU) 1095/2010 [Opprettelsesforordningene] artikkel 60.

¹⁸⁵ I denne retning Chirulli og De Lucia (2015) s. 846.

¹⁸⁶ Hertzberg, Ingrid, «Om Norges tilknytning til EUs finansbyråer» i Stortingets utredningsseksjon, *Perspektiv* 03/2017 s. 26, min utheving. Uttrykket «well-founded» tilsvarer «velbegrunnet» i den engelske versjonen av Opprettelsesforordningene artikkel 60.

forståelse bygger på en forutsetning om at «klagen» og «avgjørelsen» kan brukes synonymt, eller om den bygger på formåls- eller systembetraktninger er ikke klart. Samtidig gir artikkel 60 ingen nærmere anvisning på hva som skal til for å anse klagen som velbegrunnet, og ingen ytterligere konkretiseringer av hvilken kompetanse Klagenemnden har til å overprøve en innklaget avgjørelse. Hvorvidt klagen er velbegrunnet må nødvendigvis avgjøres på bakgrunn av innsigelsene som er angitt som grunnlag for klagen. Innsigelsene vil knytte seg til forhold ved den innklagede avgjørelsen fra et av EU-finanstilsynene. Uten annen veiledning i bestemmelsen om hvilke innsigelser som kan gjøre klagen velbegrunnet, utelukker ikke ordlyden i artikkel 60 at Klagenemnden kan ha kompetanse til å behandle innsigelser fra klageren om de mer skjønsmessige forholdene ved EU-finanstilsynenes avgjørelser.¹⁸⁷ Til sammenligning angir henholdsvis TEUV artikkel 263 (2) og ODA artikkel 36 (1) hvilke grunnlag som kan gjøre et vedtak ugyldig ved legalitetskontroll. Som nevnt i punkt 5.1 kommer de ulovfestede premissene for domstolenes overprøving av finansfaglige vurderinger i tillegg til dette.

Artikkel 58 nr. 2 (1) i Opprettelsesforordningene angir krav til Klagenemndens kompetanse og sammensetning, og kan bidra til å klargjøre hvilke innsigelser Klagenemnden kan behandle. Klagenemnden skal ha «tilstrækkelig juridisk ekspertise til at kunne yde juridisk ekspertrådgivning om lovligheten og proportionaliteten af myndighedens udøvelse av sine beføjelser».¹⁸⁸ De enkelte medlemmene av Klagenemnden skal ha «dokumenteret relevant viden om EU-retten».¹⁸⁹ Med dette er det klart at Klagenemnden skal kunne kontrollere lovligheten av EU-finanstilsynenes vedtak. Dette innebærer både lovtolkning, riktigheten av faktiske forhold og subsumsjon.

I tillegg til dette, angir Opprettelsesforordningene artikkel 58 nr. 2 (1) at Klagenemndens medlemmer skal ha «international erhvervsmæssig erfaring på et tilstrækkelig højt niveau» innenfor EU-finanstilsynenes spesifikke finansfagområder.¹⁹⁰ Klagenemnden vil med dette

¹⁸⁷ I denne retning også Chirulli og De Lucia (2015) s. 846.

¹⁸⁸ Jf. Forordning 2019/2175 om endringer i Opprettelsesforordningene [Endringsforordningen], artikkel 58 nr. 2 (1). Den uttrykkelige angivelsen av at Klagenemnden skal kontrollere «proportionaliteten» er nytt av endringsforordningen. Ellers er setningens ordlyd lik som i Opprettelsesforordningene, sml. Forordninger (EU) 1093/2010, (EU) 1094/2010 og (EU) 1095/2010 [Opprettelsesforordningene] artikkel 58 nr. 2 (1).

¹⁸⁹ *Ibid.* artikkel 58 nr. 2 (1). Dette kravet er nytt av Endringsforordningen.

¹⁹⁰ *Ibid.* artikkel 58 nr. 2 (1) første setning. Kravet om at erfaringen skal være «international» er nytt av Endringsforordningen. Ellers, er ordlyden lik som i Opprettelsesforordningene, sml. Forordninger (EU) 1093/2010, (EU) 1094/2010 og (EU) 1095/2010 [Opprettelsesforordningene] artikkel 58 nr. 2 (1) første setning.

være godt egnet til å også kontrollere de finansfaglige vurderingene som et vedtak mot en finansmarkedsaktør bygger på.

Som nevnt i punkt 5.1, er det prinsippet om institusjonell maktbalanse som begrunner EU-domstolens standpunkt om at den skal respektere den skjønnsmargin som rettsaktene tilkjenner utøvende myndigheter, og videre at slike vurderinger kun kan overprøves dersom de anses som «åpenbart uriktige». Prinsippet om institusjonell maktbalanse er et generelt EU-rettslig prinsipp som springer ut av EU-traktatene, og må nødvendigvis også respekteres av Klagenemnden, i den grad det gjør seg gjeldende. Imidlertid skiller Klagenemnden seg fra domstolene, både fordi den er opprettet direkte i tilknytning til, og som del av EUs forvaltningssektor, og fordi det kreves at Klagenemndens medlemmer har finansfagkyndig kunnskap. En overprøving av de finansfaglige vurderingene vil derfor ikke innebære en krenkelse av prinsippet om institusjonell maktbalanse, på samme måte som en overprøving i domstolen vil, etter min mening.

I Opprettelsesforordningenes fortaler er etableringen av Klagenemnden begrunnet med å «sikre partenes rettigheter effektivt og innen rimelig tid».¹⁹¹ Dette ble tilsvarende angitt i Kommisjonens forslag til Rådet og Parlamentet om opprettelse av de tre EU-finanstilsynene, som Opprettelsesforordningene bygger på.¹⁹² Selv om dette ikke bidrar til å klarlegge de konkrete rammene for Klagenemndens overprøvingsadgang, indikerer dette formålet etter min mening at Klagenemndens kontroll med EU-finanstilsynenes har en selvstendig betydning ved siden av EU-domstolens. Siden Klagenemnden skal utgjøre et rettsmiddel for private parter, får nødvendigvis EUs Charter om grunnleggende rettigheter relevans ved fortolkning av Opprettelsesforordningenes bestemmelser om Klagenemnden.¹⁹³ Det at Klagenemnden på den ene siden er å regne som et forvaltningsorgan, men på den andre siden foretar etterfølgende kontroll med EU-finanstilsynenes vedtak, gjør det imidlertid uklart om Klagenemnden skal oppfylle kravene til god forvaltningsskikk i Charteret artikkel 41, eller kravene til effektive rettsmidler og rettferdig rettergang i Charteret artikkel 47.¹⁹⁴

¹⁹¹ Se Forordninger (EU) 1093/2010, (EU) 1094/2010 og (EU) 1095/2010 [Opprettelsesforordningene], fortalenes 58. bemerkning.

¹⁹² Se Kommisjonen for de europæiske fællesskaber 23.9.2009, KOM(2009) 501 endelig, «Forslag til Europa-parlamentets og Rådets Forordning om opprettelse af en europeisk banktilsynsmyndighed», pkt. 6.3.5, s. 10. Se tilsvarende for Kommisjonens forslag til Europa-parlamentets og Rådets forordning om opprettelse av de to andre EU-finanstilsynene av samme dato i KOM(2009) 502 endelig, s. 10, og KOM(2009) 503 endelig, s. 10.

¹⁹³ Charteret utgjør del av EUs primærrett, se punkt 2.1.2.

¹⁹⁴ Opprettelsesforordningene skal tolkes i lys av EUs primærrett, og dermed i lys av Charteret, se kapittel 2.1.2.

Artikkel 47 er forbeholdt domstolorganer, og mens artikkel 41 gjelder for EUs administrative organer. Det er ikke klart om EU-finanstilsynenes Klagenemnd utgjør et domstolorgan, slik som EU-domstolen og EFTA-domstolen, og om Klagenemnden derfor skal ivareta kravene til en rettferdig rettergang fullt ut.¹⁹⁵ EU-domstolen har ikke uttalt seg om dette i relasjon til EU-finanstilsynenes Klagenemnd. Underretten har imidlertid uttalt, i sakene *Procter & Gamble* og *Krüger*, at klageorganet tilknyttet EU-byrået for immaterialrett ikke var underlagt krav til en rettferdig rettergang, men i stedet utgjorde en forlengelse av EU-byråets myndighetsutøvelse.¹⁹⁶ I juridisk litteratur har enkelte lagt disse uttalelsene til grunn som et generelt utgangspunkt for klageorganer opprettet i tilknytning til EU-byråder – inkludert EU-finanstilsynenes klagenemnd.¹⁹⁷ Andre hevder at en slik tilnærming blir for unyansert.¹⁹⁸ Navin-Jones påpeker for eksempel at det ikke kunne være lovgivers mening å gjøre det mulig å omgå kravene til en rettferdig rettergang ved å legge kontrollfunksjoner til et administrativt organ i stedet for et domstolorgan.¹⁹⁹ Dette er jeg enig i. Gjennomgående er det realiteten, og ikke det formelle som avgjør hvilke krav til rettsbeskyttelse som skal sikres for private aktører.

Spørsmålet om hvorvidt EU-finanstilsynenes Klagenemnd er underlagt enten Charterets artikkel 41 om og krav til god forvaltningsskikk, eller 47 om effektive rettsmidler og rettferdig rettergang, ikke imidlertid ikke avgjørende for spørsmålet om rammene for Klagenemndens overprøvingsmyndighet, for oppgavens formål, etter min mening. Det er i alle tilfeller Opprettelsesforordningene som fastlegger de konkrete rammene for Klagenemndens overprøvingsmyndighet, og herfra følger det at Klagenemndens formål er å utgjøre et «rettsmiddel» og å føre en «effektiv» kontroll med EU-finanstilsynenes vedtak. Det EU-rettslige prinsippet om god forvaltningsskikk stiller på sin side krav til intern selvkontroll, og

¹⁹⁵ Se nærmere om dette i Lamandini, Marco og David Ramos Muñoz «Law and practice of financial appeal bodies (ESAs' Board of Appeal, SRB Appeal Panel): A view from the inside» *Common Market Law Review*, (2020) vol. 57 s. 119–160, særlig s. 145–153.

¹⁹⁶ Se Underrettens dom av, sak T-63/01 *Procter & Gamble* 12. desember 2002 EU:T:2002:317, avsnitt 20–23. EU-domstolen avviste ankesaken fra Procter & Gamble i sak C-107/03 P 23. september 2004 EU:C:2004:554, [kun tilgjengelig på fransk]; Se videre Underrettens dom i sak T-273-/02 *Krüger GmbH & Co. v OHIM* 20. april 2005 EU:T:2005:134, avsnitt 62. I avgjørelsene omtales EU-byrået for immaterialrett som OHIM. EU-byrået skiftet i 2016 navn til EUIPO.

¹⁹⁷ Se Chirulli og De Lucia, (2015) s. 834.

¹⁹⁸ Se Navin-Jones, Marcus «A Legal Review of EU Boards of Appeal in Particular the European Chemicals Agency Board of Appeal», *European Public Law* (2015) vol. 21, no. 1: 143–168 på s. 144; Lamandini og Muñoz (2020) s. 122.

¹⁹⁹ Se Navin-Jones (2015) s. 145.

dette må være oppfylt under den helhetlige ivaretagelsen av en rettferdig rettergang.²⁰⁰ Tatt i betraktning at Klagenemnden er plassert i forvaltningssektoren og også kan kontrollere lovligheten av administrative vedtak, kan det spørres om ikke Klagenemnden tilbyr begge kontrollfunksjoner.²⁰¹ Ved å gi finansmarkedsaktørene adgang til å også få kontrollert og overprøvd finansfaglige vurderinger uten begrensninger av hensyn til prinsippet om institusjonell maktbalanse, vil Klagenemnden utgjøre et rettsmiddel som bidrar til å sikre at alle sider av EU-finanstilsynenes vedtak kan prøves, selv de mer skjønnsmessige vurderingene som ligger til grunn for oppfyllelse av et rettsvilkår for inngrep. I utgangspunktet er det dette kravet som stilles for etterfølgende kontroll i EMK artikkel 6, som i EU-retten skal ivaretas ved Charteret artikkel 47.²⁰² Dersom Klagenemndens avgjørelse så skulle klages inn til EU-domstolen, og EU-domstolen skulle avstå fra å overprøve de mer skjønnsmessige sidene ved EU-finanstilsynets opprinnelige vedtak, vil det i den helhetlige etterprøvingen ha blitt foretatt en kontroll av de skjønnsmessige sidene.²⁰³

I sak BoA-2017/01 *FinancialCraft Analytics v ESMA* uttalte Klagenemnden den vil være «tilbakeholden» med å kontrollere «tekniske» vurderinger, og at disse er underlagt en skjønnsmargin.²⁰⁴ Grunnlaget for å være tilbakeholden med kontroll av tekniske forhold, fremgår imidlertid ikke klart. Innledningsvis i avgjørelsen oppgir Klagenemnden at kontrollen gjennomføres i henhold til EU-domstolens praksis, men presiserer ikke hvilken praksis det gjelder.²⁰⁵ Klagenemnden avviser imidlertid ikke prinsipielt at den er i stand til å overprøve finansfaglige vurderinger, men viser i stedet til at klageren i saken ikke har noen konkrete anførsler på akkurat dette.²⁰⁶ Så lenge EU-domstolen ikke har uttalt seg om spørsmålet, foreligger ingen endelig avklaring. Lamandini og Muños beskriver mandatet til EU-finanstilsynenes Klagenemnd som å kombinere elementer fra intern selvkontroll og legalitetskontroll.²⁰⁷ Disse forfatterne er medlemmer av EU-finanstilsynenes Klagenemnd, og

²⁰⁰ EU-domstolen formulerer en plikt til intern selvkontroll for Kommisjonen i sak C-525/04 P *Spain v. Lenzing* [2007] EU:C:2007:698, Avsnitt 58; Se også Cydecka, Małgorzata, *The Market Economy Investor Test in EU State Aid Law*, Kluwer Law International B. V. 2016, s. 279–280. EU-domstolen har oppstilt kravet om intern selvkontroll for Kommisjonens vedkommende, men det må nødvendigvis gjelde som et generelt krav til god forvaltning for alle EUs organer i forvaltningssektoren.

²⁰¹ I denne retning Lamandini og Muños (2020) s. 122–123.

²⁰² Jeg kommer tilbake til spørsmålet om hvorvidt det å tilkjenne administrative myndigheter en skjønnsmargin er forenelig med EMK artikkel 6 i punkt 5.3.

²⁰³ Se punkt 2.3.1, 3.2 og 3.3.

²⁰⁴ Se BoA-2017-01 *FinancialCraft Analytics z.o.o v. The European Securities and Markets Authority*, 3. juli 2017, avsnitt 87 med henvisning til avsnitt 45 [min oversettelse].

²⁰⁵ *Ibid.* avsnitt 87 [min oversettelse].

²⁰⁶ *Ibid.*

²⁰⁷ Lamandini og Muños (2020) s. 122.

oppgir at uten klare retningslinjer fra EU-domstolen, vil Klagenemnden tilstrebe å konsentrere klagebehandlingen om lovligheten av vedtaket, og være tilbakeholden med å overprøve skjønnsmessige forhold.²⁰⁸

Selv om EU-finanstilsynenes Klagenemnd skulle være tilbakeholden med kontroll av skjønnsmessige vurderinger, også i andre saker, er ikke dette, etter min mening, nok til å konstatere at de ikke har overprøvingskompetanse utover det som følger av prinsippene for legalitetskontroll. Dersom Klagenemnden ikke foretar annet enn en ren legalitetskontroll, er det vanskelig å forstå hvorfor den må være ekspertorgan med finansfagkyndig kompetanse, slik Opprettelsesforordningene artikkel 58 (2) krever.²⁰⁹ Sett hen til at EU-finanstilsynene er EU-byråer, uten klart definerte kompetanserammer i EU-traktatene, vil en mer vidtrekkende kontroll med tilsynenes beslutninger, uten de tradisjonelle begrensningene som følger av en legalitetskontroll både være hensiktsmessig og kanskje også nødvendig, for å sikre tilstrekkelig kontroll med tilsynenes beslutninger.²¹⁰ Selv om *Meroni*-doktrinen setter yttergrenser for hvilken skjønnsmyndighet som lovlig kan tildelegeres og utøves av EU-finanstilsynene, har EU-byråer også innenfor disse grensene skjønnsmyndighet som av EU-domstolen i flere tilfeller er betegnet som vid.²¹¹ Siden Klagenemnden er plassert i forvaltningssektoren, og ifølge Opprettelsesforordningene artikkel 60 (4) skal kontrollere om en klage er «velbegrunnet», er den etter min mening ikke begrenset av prinsippet om institusjonell maktbalanse på samme måte som EU-domstolen og EFTA-domstolen. I tillegg til at EU-pilaren gir adgang til et ekstra rettsmiddel, er Klagenemnden derfor også et rettsmiddel som gir mulighet for en administrativ prøving i tillegg til legalitetsprøving, uten den samme prinsipielle begrensningen som domstolen mot å overprøve finansfaglige vurderinger.

Dette reiser spørsmål om hvorvidt fraværet av en egen Klagenemnd i EFTA-pilaren svekker ivaretagelsen av effektiv rettsbeskyttelse for finansmarkedsaktører i Norge og de øvrige EØS/EFTA-statene under tilknytningsmodellen til Det europeiske finanstilsynssystemet. EFTA-domstolen har imidlertid kommet med uttalelser som kan tilsi at det ikke er terskelen åpenbart uriktig skjønnsutøvelse, som er styrende for hvordan hensynet til institusjonell

²⁰⁸ *Ibid.* s.154–155.

²⁰⁹ Se Forordning (EU) 2019/2175 om endringer i Opprettelsesforordningene [Endringsforordningen], artikkel 58 nr. 2 (1) første setning. Kravet om at erfaringen skal være «internasjonal» er nytt av Endringsforordningen i 2019. Ellers, er ordlyden lik som i Opprettelsesforordningene, sml. Forordninger (EU) 1093/2010, (EU) 1094/2010 og (EU) 1095/2010 [Opprettelsesforordningene] artikkel 58 nr. 2 (1) første setning.

²¹⁰ I denne retning Chirulli og De Lucia (2015) s. 839; Se også Lamandini og Muños (2020) s. 120 og s. 156.

²¹¹ Se Hertzberg (2017) s. 21–25 med videre henvisninger.

maktbalanse skal ivaretas. EFTA-domstolen begrunner denne nyanseringen i hensynet til effektiv rettsbeskyttelse, og det er dette som er temaet i det følgende.

5.3 Kan terskelen «åpenbart uriktig skjønnsbruk» nyanseres i lys av prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse, i EFTA-pilaren?

5.3.1 Legalitetskontroll med finansfaglige vurderinger i lys av EMK artikkel 6 (1): EFTA-domstolens avgjørelse i *Posten Norge*-saken

I punkt 5.1 har jeg først konstatert at prinsippet om institusjonell maktbalanse medfører at EFTA-domstolen skal tilkjenne ESA en skjønnsmargin for finansfaglige vurderinger som ligger til grunn for et vedtak fra ESA på finansmarkedsrettens område. Videre, som påpekt i punkt 5.2, mener jeg at et tilsvarende utgangspunkt om å kontrollere administrative vedtak under forutsetning om en skjønnsmargin ikke gjør seg gjeldende på samme måte ved Klagenemndens kontroll med EU-finanstilsynenes vedtak i EU-pilaren. Spørsmålet i punkt 5.3 er om EFTA-domstolen kan ivareta krav til effektiv rettsbeskyttelse i tilstrekkelig grad, samtidig som den skal ivareta prinsippet om institusjonell maktbalanse ved å tilkjenne ESA en skjønnsmargin.

Ifølge EFTA-domstolens rettspraksis er det gjennomgående anerkjent at reglene om EFTA-domstolen skal tolkes i lys av prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse.²¹² For krav til domstolsprøving av ESAs vedtak, utgjør EMK artikkel 6 (1) en sentral kilde som krever adgang til en rettfærdig rettergang i en nøytralt og uavhengig domstol eller domstolliknende organ.²¹³ EMD har lagt til grunn at en domstol i utgangspunktet skal ha «full jurisdiction to examine all questions of fact and law relevant to the dispute before it».²¹⁴ Adgangen til å overprøve subsumsjonen under et rettsvilkår begrenses ved tilkjennelse av en skjønnsmargin. Overprøvingsadgangen begrenses ytterligere dersom terskelen for overprøving av vurderinger heves fra uriktig til «åpenbart uriktig», som av EU-domstolen er angitt som overprøvingsterskelen for finansfaglige vurderinger.²¹⁵ Dette vil også i prinsippet ha betydning

²¹² Se punkt 2.2.2.

²¹³ Se 2.3.2 og 3.2

²¹⁴ Jf. *Case of Ramos Nunes de Carvalho e só v. Portugal* [GC] ECHR:2018:1106JUD005539113, avsnitt 176–177; se videre *European Court of Human Rights Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights: Right to a fair trial (civil limb)*, updated 31. August 2019, s. 35.

²¹⁵ Se punkt 5.1.

for hvilke spørsmål om faktiske eller rettslige forhold som er relevante for domstolens legalitetskontroll.

Spørsmålet er hvilke muligheter EFTA-domstolen har til å tilpasse overprøvingen av finansfaglige vurderinger til det konkrete behovet i en sak mellom en finansmarkedsaktør og ESA. Hvis EFTA-domstolen kan legge avgjørende vekt på det konkrete behovet for overprøving, uten å være bundet av terskelen «åpenbart uriktig skjønnsbruk», gir dette bedre muligheter til å sikre at kravene til effektiv rettsbeskyttelse er oppfylt. Selv om det da likevel skulle være ulikheter mellom EFTA-domstolens og Klagenemndens overprøvingskompetanse, kan minimumskravene ivaretas.

I dommen i *Posten Norge* avviste EFTA-domstolen uttrykkelig en påstand fra ESA om at ESAs vurderinger av finansfaglige forhold bare kunne overprøves dersom de kunne anses som åpenbart uriktige. Saken gjaldt gyldigheten av et vedtak fra ESA om ileggelse av overtredelsesgebyr og pålegg om opphør i rettsstridig aktivitet mot Posten Norge, i medhold av EØS-avtalen artikkel 54 om «utilbørlig utnyttelse av dominerende posisjon». Et prejudisielt spørsmål for EFTA-domstolen var i hvilken grad den hadde kompetanse til å overprøve de finansfaglige vurderingene som var nødvendig for oppfyllelse av relevante rettsvilkår. Det var enighet om at vedtaket om overtredelsesgebyr aktiverte den straffeprosessuelle grenen i EMK artikkel 6 (1) som skjerper kravene til en rettfærdig rettergang.²¹⁶ ESA anførte på sin side at EU-domstolens praksis om begrenset legalitetskontroll med mindre skjønnsbruken var åpenbart uriktig var kompatibel med rettssikkerhetsgarantiene i EMK artikkel 6 (1).²¹⁷ EFTA-domstolen la derimot til grunn at en uforbeholden forutsetning om at ESAs finansfaglige vurderinger måtte anses som lovlige med mindre skjønnsbruken var åpenbart uriktig, ikke ga en riktig fremstilling av rettstilstanden, og at «[t]he submission that the Court may intervene only if it considers a complex economic assessment of ESA to be manifestly wrong must be rejected».²¹⁸

EFTA-domstolen avviste ikke med dette at ESA skulle tilkjennes en skjønnsmargin i det hele tatt, men i stedet at terskelen «åpenbart uriktig» ikke var et dekkende utgangspunkt for domstolens adgang til å overprøve finansfaglige vurderinger. Det avgjørende måtte i stedet være å sikre at ESAs vurderinger ikke overprøves hvis det ikke kunne fremføres noen rettslige

²¹⁶ Se sak E-15/10 *Posten Norge* [2012] avsnitt 82 og 83.

²¹⁷ *Ibid.*, avsnitt 83.

²¹⁸ *Ibid.*, avsnitt 102.

innsigelser mot ESAs vurderinger.²¹⁹ Forskjellen ligger i at grensedragningen mellom skjønnsutøvelsen og EFTA-domstolens overprøvingskompetanse ikke trekkes i henhold til terskelen om åpenbart uriktig skjønnsutøvelse, men i stedet i lys av nødvendige grunnleggende begrensninger for legalitetskontroll:

«... [W]hen imposing fines for infringements of the competition rules, ESA cannot be regarded to have any margin of discretion in the assessment of complex economic matters *which goes beyond the leeway that necessarily flows from the limitations inherent in the system of legality review*».²²⁰

EFTA-domstolen utdypet ikke hva den mente med «the limitations inherent in the system of legality review», men prinsippet om institusjonell maktbalanse vil nødvendigvis utgjøre en slik begrensning.²²¹ Med henvisning til det straffeprosessuelle vernet i EMK artikkel 6 (1) uttalte EFTA-domstolen at de krav som stilles her til domstolskontroll får betydning for hvilken kompetanse domstolen skal ha til å kontrollere finansfaglige vurderinger som ligger til grunn for et vedtak om ileggelse av overtredelsesgebyr.²²² Dette tilsier at rammene for EFTA-domstolens overprøving av finansfaglige vurderinger ikke bare styres av hensynet til institusjonell maktbalanse. De må også bestemmes ut i fra det konkrete behovet for effektiv rettsbeskyttelse i den enkelte saken.²²³

EFTA-domstolen avviste med dette et vurderingskriterium som i EU-domstolens rettspraksis har røtter tilbake til 1985, og som EFTA-domstolen tidligere hadde lagt til grunn.²²⁴ Selv om dette kan virke som en revolusjonerende utvikling, fikk det tilsynelatende ikke stor betydning for den konkrete fastleggingen av rammene for domstolskontrollen i *Posten Norge*. EFTA-domstolens tilnærming, i lys av den straffeprosessuelle grenen av EMK artikkel 6 (1), gjøres både med henvisning til, og i samsvar med praksis fra EU-domstolen og EMD.²²⁵ Av særlig betydning er EU-domstolens avgjørelse i *KME m.fl. mot Kommisjonen* [heretter *KME*] og den tilhørende innstillingen fra Generaladvokaten.²²⁶ Her anførte *KME* at Underretten både hadde

²¹⁹ *Ibid.* avsnitt 96 og 98.

²²⁰ *Ibid.* avsnitt 100.

²²¹ Se punkt 5.1.

²²² Se sak E-15/10 *Posten Norge* [2012] avsnitt 100.

²²³ Dette kommer jeg tilbake til i punkt 5.3.2.

²²⁴ Se punkt 5.1.

²²⁵ Se sak E-15/10 *Posten Norge* [2012] avsnitt 88 med videre henvisninger.

²²⁶ Se Sak C-272/09, *KME Germany, KME France, KME Italy v. European Commission*, 8. desember 2011, EU:C:2011:810, som henvist til av EFTA-domstolen i sak E-15/10 *Posten Norge*, avsnitt 88 første gang. Saken gjaldt bøter utstedt av Kommisjonen mot tre filialer av *KME*-gruppen 16. desember 2003.

fastlagt rammene for kontroll med finansfaglige vurderinger, og gjennomført kontrollen, i strid med EMK artikkel 6 (1) og Charteret.²²⁷ I *KME* nevner ikke EU-domstolen «åpenbart uriktig»-standarden i det hele tatt – tilsynelatende fordi den ikke anså dette som innenfor anførselene som var fremlagt av saksøker.²²⁸ I *KME* har imidlertid EU-domstolen en tilsvarende tilnærming til hvilken anvendelse og betydning den straffeprosessuelle grenen av EMK 6 (1) har for legalitetskontrollen med finansfaglige vurderinger, med henvisning til Charteret artikkel 47, som det EFTA-domstolen har i *Posten Norge*. I *Posten Norge* og *KME* viser henholdsvis EFTA-domstolen og EU-domstolen til et premiss for kontroll med finansfaglige vurderinger som siden det først ble uttalt av EU-domstolen i *Tetra Laval*, brukes gjennomgående for å klarlegge rammene for domstolens mulighet til å overprøve finansfaglige vurderinger ved vedtak mot private rettssubjekter på konkurranserettens område:

“As regards the review of legality, the Court of Justice has held that whilst in, in areas giving rise to complex economic assessments, the Commission has a margin of discretion with regard to economic matters, that does not mean that the Courts of the European Union must refrain from reviewing the Commission’s interpretation of information of an economic nature. Not only must the Courts establish, among other things, whether the evidence relied on is factually accurate, reliable and consistent but also whether that evidence contains all the information which must be taken into account in order to assess a complex situation and whether it is capable of substantiating the conclusions drawn from it”.²²⁹

Den eneste forskjellen er at premisset om åpenbart uriktig skjønnsbruk ikke nevnes i *KME* eller *Posten Norge*, slik det tidligere har blitt angitt som avgjørende for overprøving av finansfaglige vurderinger.²³⁰ Det kan virke som at EU-domstolen i det hele tatt går bort ifra utgangspunktet om «åpenbart uriktig skjønnsbruk», der saken gjelder legalitetskontroll med overtredelsesgebyr på konkurranserettens område.²³¹ Dette medfører ikke nødvendigvis en videre

²²⁷ Se Sak C-272/09 P, *KME v. European Commission* [2011] EU:C:2011:810, avsnitt 91.

²²⁸ *Ibid.* avsnitt 91 og 94.

²²⁹ Se sak C-272/09 *KME m.fl. mot Kommisjonen* avsnitt 94 og sak E-15/10 *Posten Norge* avsnitt 95. Begge henviser til Sak C-12/03 P *Commission v. Tetra Laval* 15. februar 2005, EU:C:2005:87, avsnitt 39.

²³⁰ Sml. Bl.a. Forente saker C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P and C-219/00 P *Aalborg Portland and Others v Commission* [2004] EU:C2004:6, avsnitt 279 med videre henvisninger; Sak C-525/04 P *Spain v Lenzing* [2007] EU:C:2007:698, avsnitt 53 og 56–61.

²³¹ I denne retning bl.a. de La Serre, Eric Barbier, «Standard of Review in Competition Law Cases: *Posten Norge* and beyond» i EFTA Court (red.), *The EEA and the EFTA Court: Decentred Integration*, Hart Publishing 2014, s. 407–433, på s. 418; se videre Schweitzer (2013), pkt. IV; se også Craig og De Burca (2015) s. 578.

overprøvningskompetanse, og heller ikke noen store endringer.²³² Men ved å unnlate å vise til «åpenbart uriktig»-standarden, blir det i det hele tatt ikke spørsmål hvilke begrensninger dette medfører for overprøvningsadgangen, og videre for ivaretagelsen av effektiv rettsbeskyttelse.

Det som uansett kan utledes som klart, og som er uttrykkelig lagt til grunn av både EFTA-domstolen, EU-domstolen og EMD, er at vedtak fra ESA om overtredelsesgebyr på konkurranserettens område, «as a matter of principle», aktiverer det straffeprosessuelle vernet i EMK artikkel 6 (1).²³³ Det er dermed kravene som følger herfra, som er bestemmende for hva som er tilstrekkelig effektiv rettsbeskyttelse ved illeggelse av overtredelsesgebyr på konkurranserettens område. I det følgende skal jeg redegjøre nærmere for hvordan dette påvirker kontroll med finansfaglige vurderinger, i henhold til EFTA-domstolens uttalelser i *Posten Norge*. Min oppfatning er at den straffeprosessuelle grenen i EMK artikkel 6 (1) aktiveres, også for bøter ilagt av ESA i medhold av finansmarkedsreglene.

5.3.2 EFTA-domstolens overprøvningsadgang der vedtaket aktiverer det straffeprosessuelle vernet i EMK artikkel 6

Som nevnt i punkt 5.3.1. fremstår det som klart at et vedtak fra ESA om overtredelsesgebyr aktiverer det straffeprosessuelle vernet i EMK artikkel 6 (1) på konkurranserettens område. Grunnen til dette, er at administrative vedtak om overtredelsesgebyr fra ESA eller Kommisjonen anses som å være omfattet av vilkåret «criminal charge» i EMK artikkel 6 (1). I samsvar med EMDs uttalelser i saken *Ramos Nunes v. Portugal*, er det ikke omstridt at et sivilrettslig administrativt vedtak aktiverer det straffeprosessuelle vernet dersom det er tilstrekkelig inngripende.²³⁴ EMDs «criminal charge»-begrep er autonomt, og det avgjørende er om de såkalte Engel-kriteriene som EMD har utformet, er oppfylt.²³⁵ I det følgende skal jeg

²³² I denne retning de La Serre (2014) s. 408.

²³³ Se sak E-15/10 *Posten Norge* [2012], avsnitt 88, med videre henvisninger til bl.a. Generaladvokat Sharpstons innstilling i sak C-272/09 P *KME* EU:C:2011:63, og EMDs avgjørelse *A.Menarini Diagnostics S.R.L. v. Italy* [J] ECHR:2011:0927JUD004350908 [kun publisert på fransk]; EMDs dom i *Menarini* er omtalt av Broncker, Marco og Anne Vallery «EU Competition Law After The Menarini Case: Business as usual after *Menarini*?» i *Mlex Magazine*, (2012) vol. 3, No.1, s 44–47, tilgjengelig fra <https://papers.ssrn.com/abstract=1991931> [sist besøkt 11.07.2020].

²³⁴ Jf. Case of *Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal*, [GC] ECHR:2018:1106JUD005539113, avsnitt 196.

²³⁵ Se Generaladvokat Sharpstons innstilling i sak C-272/09 P *KME Germany and Others v Commission* [2011] EU:C:2011:63, avsnitt 63. Som Generaladvokaten her påpeker innebærer Engel-kriteriene kort oppsummert at det må foreligge en sanksjon som (1) rammer overtredelser individuelt og gjelder for en større samfunnsgruppe, og for det tilfellet den ikke allerede er karakterisert som strafferettslig, (2) om sanksjonen har en «punitive and deterrent nature». Det siste kriteriet er (3) hvilken sanksjon som kan ilegges for overtredelsen som strengeste reaksjon.

presentere nærmere hvordan den straffeprosessuelle grenen av EMK artikkel 6 påvirker avveiningen mellom på den ene siden hensynet til ESAs skjønnsmargin, og på den andre siden kravet til etterfølgende kontroll. Etter min mening er har dette overføringsverdi ved fastlegging av rammene for EFTA-domstolens kontroll med ESAs finansfaglige vurderinger også på finansmarkedsrettens område.

I *Posten Norge* viste EFTA-domstolen særlig til at ESAs vedtak om overtredelsesgebyr mot Posten Norge både hadde såkalt «preventive and deterrent» karakter, i henhold til Englekriteriene.²³⁶ Gebyret virket sanksjonerende på den konkrete overtredelsen og hadde en avskrekkende effekt mot fremtidige overtredelser for alle foretak. Størrelsen på overtredelsesgebyr som kunne ilegges utgjorde i tillegg et så stort potensielt inngrep overfor adressaten, at illeggelse aktiverte den straffeprosessuelle grenen av EMK artikkel 6 (1).²³⁷

Som nevnt i 5.3.1 medførte ikke dette at EFTA-domstolen avviste at ESA skulle tilkjennes en skjønnsmargin. Selv om et inngripende vedtak fra ESA aktiverer det straffeprosessuelle vernet i EMK artikkel 6 (1), kan kravene til en rettfærdig rettergang likevel oppnås. EFTA-domstolen la dette til grunn med henvisning til EMDs praksis. Ved legalitetskontroll av en sanksjon som kan anses som «criminal charge», stiller EMK artikkel 6 (1) i utgangspunktet krav om at domstolen skal ha «unlimited review». Dette innebærer at «the Court must be able to quash in all respects, on questions on fact and law, the challenged decision».²³⁸ Utgangspunktet om at kontrollen skal gjelde «all respects» nyanseres imidlertid i lys av hvor alvorlig det aktuelle inngrepet som er gjenstand for legalitetskontroll er.²³⁹ EMD sonderer mellom forhold som vil befinne seg i det tradisjonelle kjerneområde for strafferettslige reaksjoner, og forhold som tradisjonelt ikke plasseres i kategorien strafferettslige reaksjoner. Administrative reaksjoner som plasseres i sistnevnte kategori.²⁴⁰

Også innenfor administrative sanksjoner, må de nærmere kravene til domstolskontroll fastlegges i lys av hvor tyngende det aktuelle vedtaket er. Ifølge EFTA-domstolen skal det foretas en avveining mellom på den ene siden sakens natur og hvor stigmatiserende saken er, og på den andre siden behovet for det aktuelle kravet til domstolskontroll.²⁴¹ I *Posten Norge* kom

²³⁶ Se sak E-15/10 *Posten Norge* [2012], avsnitt 88.

²³⁷ *Ibid.* avsnitt 88.

²³⁸ *Ibid.* avsnitt 100.

²³⁹ *Ibid.* avsnitt 89.

²⁴⁰ Se EMDs uttalelser i *Jussila v. Finland* [GC] ECHR:2006:1123JUD007305301, avsnitt 43, som henvist til av EFTA-domstolen i E-15/10 *Posten Norge* [2012], avsnitt 89.

²⁴¹ Se E-15/10 *Posten Norge* [2012], avsnitt 89.

EFTA-domstolen til at overtredelsesgebyret fra ESA ikke kunne anses som «a criminal charge of minor weight», sett hen til gebyrets størrelse og det stigma som det medførte Posten Norge å bli holdt ansvarlig for «utilbørlig utnyttelse av sin dominerende stilling» etter EØS-avtalen artikkel 54.²⁴²

Videre i *Posten Norge*, fremgår det ikke tydelig hvilken betydning det får for kontrollen med finansfaglige vurderinger, at overtredelsesgebyret ikke kunne regnes som «a criminal charge of minor weight». For oppgavens formål om å kartlegge *rammene* for EFTA-domstolens kompetanse ved legalitetskontroll med finansfaglige vurderinger, er imidlertid ikke dette av avgjørende betydning. Det EFTA-domstolen setter som utgangspunkt, er som tidligere nevnt premisset som EU-domstolen oppstiller i avgjørelsen *Tetra Laval*, som gjennomgående har blitt brukt av EU-domstolen og EFTA-domstolen om legalitetskontroll med finansfaglige vurderinger – også av EFTA-domstolen i *Posten Norge*.²⁴³ Domstolen må kontrollere bevisets riktighet, troverdighet og konsistens, og videre om beviset inneholder den informasjon som er nødvendig for å vurdere en kompleks økonomisk situasjon, og hvorvidt bevisene er tilstrekkelige til å underbygge de finansfaglige konklusjonene.²⁴⁴

Etter min mening har tilnærmingen i *Posten Norge* overføringsverdi til EFTA-domstolens kontroll med ESAs vedtak mot finansmarkedsaktører under EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell. Der finansmarkedsaktører ilegges overtredelsesgebyr av ESA for brudd på finansmarksreglene, vil overtredelsesgebyret etter min mening oppfylle Engel-kriteriene og derfor utgjøre en «criminal charge» etter EMK artikkel 6 (1). For eksempel skal et vedtak fra ESA om overtredelsesgebyr bare ilegges dersom kredittvurderingsbyrået som er gjenstand for overtredelsesgebyret har utvist skyld.²⁴⁵ Følgelig har ilegging av overtredelsesgebyr mot kredittvurderingsbyråer et pønalt formål. Overtredelsesgebyr er videre den strengeste reaksjonen som kan ilegges mot kredittvurderingsbyråer for brudd på CRA II-forordningen. Samlet sett mener jeg at et vedtak om overtredelsesgebyr vil kunne oppfylle Engelkriteriene, selv om størrelsen på overtredelsesgebyret kan variere.

²⁴² *Ibid.* avsnitt 90.

²⁴³ Se punkt 5.3.1.

²⁴⁴ Se sak E-15/10 *Posten Norge* [2012], avsnitt 99 med videre henvisninger [min oversettelse]. Tilsvarende er lagt til grunn av EU-domstolen se bl.a. Sak 272/09 P *KME v. Commission* [2011] EU:C:2011:810, avsnitt 94 med videre henvisninger, særlig C-12/03 P *Commission v. Tetra Laval* [2005] EU:C:2005:87, avsnitt 39.

²⁴⁵ Jf. Forordning (EU) 513/2011 [CRA II] artikkel 36a (1). Både uaktsomme og forsettlig overtredelser rammes.

Siden Charterets artikkel 47 ifølge EU-domstolen skal samsvare med EMK artikkel 6 (1), vil dette være dekkende også for EU-domstolens vedkommende.²⁴⁶ Også EU-finanstilsynenes vedtak om overtredelsesgebyr mot finansmarkedsaktører i EU-pilaren vil oppfylle vilkåret «criminal charge» i EMK artikkel 6 (1), i henhold til Engel-kriteriene som er oppstilt av EMD. EFTA-domstolens uttrykkelige avvisning av «åpenbart uriktig»-standarden har riktignok ikke blitt gjentatt i EU-domstolens praksis. Som påpekt i punkt 5.3.1, er det imidlertid vanskelig å identifisere noen konkrete forskjeller mellom hvordan legalitetskontrollen med finansfaglige vurderinger i lys av den straffeprosessuelle grenen i EMK artikkel 6 skal foretas i EFTA-domstolen og EU-domstolen. Begge domstoler tar utgangspunkt i premisset som ble gitt i *Tetra Laval*. Det kan imidlertid tenkes at EU-domstolen vil være mer tilbakeholden enn EFTA-domstolen, dersom saken den skal behandle gjelder en beslutning fra Klagenemnden, og Klagenemnden her har gjennomgått de finansfaglige vurderingene som vedtaket bygger på.²⁴⁷

Om man etter dette skal sammenligne kompetansen til EFTA-domstolen og kompetansen til Klagenemnden, er utgangspunktet ganske klart, etter min mening: EFTA-domstolen har ikke den samme kompetansen til å kontrollere ESAs vedtak, som det EU-finanstilsynenes Klagenemnd har til å kontrollere EU-finanstilsynenes vedtak. Prinsippet om institusjonell maktbalanse gjør seg ikke gjeldende for EU-finanstilsynenes Klagenemnd, på samme måte som for domstolene.²⁴⁸ Uten ytterligere presiseringer av hva som gjør en klage «velbegrunnet», stilles det ikke krav for Klagenemndens kontroll, som for EU- og EFTA-domstolene, om at klageren må godtgjøre at en innsigelse knytter seg til noen av ugyldighetskriteriene som domstolene tar utgangspunkt i.

Tetra Laval gir imidlertid adgang til en tett kontroll av de faktiske forholdene i saken, og hvorvidt de er tilstrekkelige til å oppfylle de relevante rettsvilkårene. EFTA-domstolen er derfor ikke avskåret fra å kontrollere forståelsen av de faktiske forholdene som de finansfaglige forholdene bygger på. I litteraturen har denne tilnærmingen dekkende blitt beskrevet som en vurdering av bevisenes «kvalitet».²⁴⁹ Ved hjelp av finansfagkyndige ekspertvitner, vil EFTA-domstolen kunne bli klar over fagtekniske mangler som den videre kan overprøve hvis

²⁴⁶ Se kapittel 2.3.1 og 2.3.2.

²⁴⁷ I denne retning Chirulli og De Lucia (2015) s. 839.

²⁴⁸ Se punkt 5.2.

²⁴⁹ Se Cyndecka 2016, s. 274 med videre henvisning. Betegnelsen bevisenes «kvalitet» er gitt i forbindelse med EU-domstolens uttalelser i sak C-525/04 P *Spain v. Lenzing* [2006] EU:C:2007:698, avsnitt 56–58. EU-domstolens uttalelser her i avsnitt 56 og 57 er imidlertid likelydende som, og gitt med henvisning til, Sak C-12/03 P *Commission v Tetra Laval* [2005] EU:C:2005:87, avsnitt 39.

manglene ikke er godt nok begrunnet eller motbevist av ESA.²⁵⁰ Uten et krav om at finansfaglige vurderinger bare overprøves dersom de er «åpenbart uriktige», står EFTA-domstolen friere til å avpasse legalitetskontrollen til det konkrete behovet for ivaretagelse av effektiv rettsbeskyttelse.²⁵¹ For økonomiske sanksjoner, har EFTA-domstolen i tillegg kompetanse til å endre ESAs vedtak og kan redusere sanksjonens størrelse i stedet for å kjenne vedtaket ugyldig.²⁵² Når EMD i tillegg åpner for at administrative sanksjoner kan kontrolleres under forutsetning om en skjønnsmargin, mener jeg at kravene til effektiv rettsbeskyttelse i lys av den straffeprosessuelle grenen av EMK artikkel 6 (1) må anses oppfylt for ESAs vedtak om økonomiske sanksjoner mot finansmarkedsaktører under EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell.

5.3.3 EFTA-domstolens overprøvningsadgang der vedtaket *ikke* aktiverer det straffeprosessuelle vernet i EMK artikkel 6

EFTA-domstolens avvisning av at domstolskontrollen med finansfaglige vurderinger ikke var betinget av en terskel om at skjønnsbruken av åpenbart uriktig, knyttet seg direkte til at det straffeprosessuelle vernet i EMK artikkel 6 (1) gjorde seg gjeldende i saken. Der det rettslig bindende vedtaket mot en finansmarkedsaktør *ikke* aktiverer det straffeprosessuelle vernet i EMK artikkel 6 (1), er det derfor nødvendig med en egen vurdering av hvilke begrensninger som gjelder for EFTA-domstolens kontroll med rettslig bindende vedtak. Så vidt meg bekjent, er det bare vedtak om overtredelsesgebyr for overtredelse av de EØS-rettslige konkurransereglene som har blitt ansett som å utløse det straffeprosessuelle vernet i EMK artikkel 6 i EFTA-domstolen, EU-domstolen og i EMD.²⁵³ Likevel vil også andre reaksjoner på rettsstridig finansmarkedsaktivitet kunne medføre tyngende inngrep i finansmarkedsaktørens rettsstilling. I henhold til prosedyrene i Opprettelsesforordningene som gir ESA adgang til å reagere overfor all rettsstridig markedsaktivitet dersom ikke nasjonale tilsynsmyndigheter selv iverksetter tiltak, kan finansmarkedsaktørene pålegges stans av inntektsgivende finansmarkedsaktivitet.²⁵⁴ Selv om et slikt inngrep ikke skulle anses som å aktivere den

²⁵⁰ Se EFTA Court, Rules of Procedure, artikkel 53.

²⁵¹ I denne retning også bl.a. Lamandini og Muñoz (2020) s. 155, og Schweitzer (2013) punkt VI. Begge steder omtales EU-domstolens kontroll med finansfaglige vurderinger.

²⁵² Jf. ODA artikkel 35, jf. ODA Protokoll 8 artikkel 6 (3).

²⁵³ Se punkt 5.3.2. I denne retning de Moor-van Vugt, Adrienne «Administrative Sanctions in EU Law» i *Review of European Administrative Law* (2012) vol. 5 nr. 1, s. 1–46, s. 11–12.

²⁵⁴ Se EØS-avtalen vedlegg IX pkt. 31g, 31h og 31i om EØS-tilpasninger av hhv. Forordninger (EU) 1093/2010, (EU) 1094/2010 og (EU) 1095/2010 [Opprettelsesforordningene] artikkel 17 nr. 4, artikkel 18 nr. 6 og artikkel 19 nr. 6.

straffeprosessuelle grenen av EMK artikkel 6 (1), for eksempel fordi formålet er å avverge fremtidige skadevirkninger for finansmarkedene, uten pønalt karakter, vil virkningen av vedtaket kunne være svært inngripende for finansmarkedsaktøren som får vedtaket mot seg. Et pålegg om stans i finansmarkedsaktivitet vil nødvendigvis stanse den aktuelle virksomheten, og kunne føre til betydelige økonomiske tap.

Når det gjelder rammene for EFTA-domstolens overprøving av finansfaglige vurderinger som ligger til grunn for et slikt vedtak, er den sentrale forskjellen i lys av *Posten Norge* og EU-domstolens praksis, at det ikke foreligger autoritative uttalelser fra EFTA-domstolen om hvorvidt «åpenbart uriktig skjønnsbruk» er den gjeldende standarden for overprøvingsterskel.

Som nevnt i punkt 5.2, er ikke EU-finanstilsynenes Klagenemnd underlagt en like høy overprøvingsterskel, på grunn av Klagenemndens finansfagkyndige kompetanse og status som forvaltningsklageorgan.²⁵⁵ Dersom dette medfører at Klagenemnden for eksempel kan tilpasse kontrollen med finansfaglige vurderinger på en måte som EFTA-domstolen er avskåret fra, fordi skjønnsbruken ikke er åpenbart uriktig, oppstår det en forskjell i kontroll med vedtak som kan virke svært inngripende for finansmarkedsaktørene. Videre er det antakelig andre vedtak enn overtredelsesgebyr som anvendes mest i praksis. Som nevnt i punkt 5.3.2 krever CRA II-forordningen at foretaket har utvist skyld for at vilkårene for overtredelsesgebyr skal være innfridde. Blant de mest inngripende vedtakene som *ikke* nødvendigvis anses som «criminal charge» er tilbaketrekning av tillatelse til å drive finansmarkedsaktivitet, eller midlertidig forbud mot markedsaktivitet. Begge disse vedtakene må nødvendigvis anses som tyngende inngrep, og medfører potensielt store økonomiske konsekvenser for finansmarkedsaktørene.

Imidlertid er det holdepunkter for å anta at terskelen «åpenbart uriktig skjønnsbruk» ikke i praksis får særlig stor betydning for EFTA-domstolens kompetanse å kontrollere komplekse skjønsmessige vurderinger. Den gjennomgående formuleringen fra *Tetra Laval* om at domstolen er kompetent til å kontrollere «tolkninger» av komplekse økonomiske forhold, uten at dette innebærer at en overprøving medfører at domstolen erstatter vurderingene med sine egne, gjelder uavhengig av om det straffeprosessuelle vernet i EMK artikkel 6 (1) aktiveres eller ikke. I *Tetra Laval*, der EU-domstolen første gang uttalte premisset, gjaldt saken ikke legalitetskontroll med en økonomisk sanksjon, men i stedet gyldigheten av Kommisjonens

²⁵⁵ Se punkt 5.2.

beslutning om å erklære «en sammenslutning uforenelig med det fælles marked og med EØS-aftalen».²⁵⁶

Som tidligere nevnt, har EFTA-domstolen, på samme måte som EU-domstolen kompetanse til å kontrollere riktigheten av de faktiske opplysningene som ligger til grunn for finansfaglige vurderingene. I lys av den detaljerte fremgangsmåten som skisseres, er det ikke tydelig hva som gjenstår til en ubetinget skjønnsmargin som kun kan overprøves dersom skjønnsbruken er åpenbart uriktig. I litteraturen er det flere som mener at EU-domstolen i praksis tilsynelatende ikke anvender denne terskelen aktivt, men i stedet foretar en så tett vurdering som den anser nødvendig.²⁵⁷ Dersom EFTA-domstolen skulle mene det var nødvendig å også avvise terskelen åpenbart uriktig skjønnsbruk også utenfor virkeområdet til den straffeprosessuelle grenen til EMK artikkel 6 (1), er ikke dette nødvendigvis heller i realiteten et stort avvik fra EU-domstolens praksis.

I lys av dette er det holdepunkter for å anta at det også utenfor virkeområdet til den straffeprosessuelle grenen til EMK artikkel 6 (1) er rom for EFTA-domstolen til å tilpasse kontrollen med finansfaglige vurderinger til behovet for effektiv rettsbeskyttelse, uten at det nødvendigvis er vurderingstemaet «åpenbart uriktig skjønnsbruk» som er overprøvingsterskelen. EMK stiller ikke krav om at domstolens medlemmer skal ha særskilt fagkyndig kunnskap, slik Opprettelsesforordningene krever for medlemmer av EU-domstolens klagenemnd.

I lys av at EMK artikkel 6 (1) ikke kategorisk avskjærer domstolene fra å tilkjenne utøvende myndigheter en skjønnsmargin, kan imidlertid EFTA-domstolen legitimt tilkjenne ESA en skjønnsmargin for finansfaglige vurderinger. Utenfor området til den straffeprosessuelle grenen av EMK artikkel 6 (1) er nok dette handlingsrommet større. På grunn av dette, er det ikke gitt at finansmarkedsaktører har et like klart krav på å få alle sider av saken prøvd, dersom vedtaket fra ESA ikke går ut på et overtredelsesgebyr. Dette bryter altså ikke med minimumskravene til effektiv rettsbeskyttelse, men etter min mening vil EU-finanstilsynenes klagenemnd bidra til å styrke den effektive rettsbeskyttelsen mot EU-finanstilsynenes vedtak i EU-pilaren.

²⁵⁶ Se C-12/03 P *Tetra Laval* [2005] EU:C:2005:87, avsnitt 1.

²⁵⁷ Se bl.a. Frese, Michael, *Sanctions in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2014, s. 124: «In practice, this difference between punitive sanctions and all other decisions does not play a dominant role, and certainly not with regard to the intensity of review. The General Court increasingly scrutinises the Commission's finding of infringement while tending to follow the Commission's approach in determining the amount of the fine»; i samme retning Schweitzer (2013) pkt. VI.

Klagenemnden vil ha et større rom for å overprøve finansfaglige vurderinger her, enn det EFTA-domstolen og EU-domstolen vil ha. Selv om det ikke foreligger noen avklarende dom fra EU-domstolen angående dette, tilsier de forhold som er drøftet i punkt 5.2 at EU-finanstilsynenes klagenemnd har et annet mandat ved kontroll av vedtak mot individuelle aktører enn det domstolene har. Jeg vil da særlig minne om at ordlyden i Opprettelsesforordningene artikkel 60 skal avgjøre om klagen er «velbegrunnet», og videre at EU-finanstilsynenes klagenemnds plassering i forvaltningssektoren medfører at den ikke må forholde seg til prinsippet om institusjonell maktbalanse på samme måte som det EU-domstolen og EFTA-domstolen må.

I forbindelse med EU-finanstilsynenes myndighetsutøvelse overfor finansmarkedsaktører i EU-medlemsstatene, vil en kontroll i Klagenemnden – også av de finansfaglige vurderingene – kunne kompensere for at EU-domstolen eventuelt ikke anser seg kompetent til å overprøve slike vurderinger, av hensyn til prinsippet om institusjonell maktbalanse. Ved at slike forhold har vært gjenstand for kontroll, om enn i form av intern administrativ selvkontroll, styrkes den helhetlige ivaretagelsen av effektiv rettsbeskyttelse.²⁵⁸ Alle forhold og vurderinger som begrunner et inngripende vedtak, vil da ha vært gjenstand for etterfølgende kontroll. Det oppstår derfor en forskjell i tilgang til rettsmidler mellom pilarene, selv om EFTA-domstolen har nødvendig kompetanse til å ivareta minimumskrav til effektiv rettsbeskyttelse ved etterfølgende kontroll av finansfaglige vurderinger.

EFTA-domstolens mulighet til å føre en forsvarlig etterfølgende kontroll med finansfaglige vurderinger, i lys av krav til effektiv rettsbeskyttelse forutsetter at disse er tilgjengelige for EFTA-domstolen. For en stor del vil vurderingene nødvendigvis være foretatt av det relevante EU-finanstilsynet, som forutsetningsvis er best egnet på grunn av sin finansfagkyndige kompetanse.²⁵⁹ Utkastmodellen medfører imidlertid at det kan reises spørsmål om i hvilken grad EU-finanstilsynenes vurderinger i utkastene som ESAs vedtak baseres på er tilgjengelige for finansmarkedsaktørene og kan prøves av EFTA-domstolen. Dette blir tema i det påfølgende kapitlet om EFTA-domstolens faktiske prøvingsgrunnlag.

²⁵⁸ I denne retning Chirulli og De Lucia (2015) s. 839.

²⁵⁹ Se kapittel 4.

6 Utkastmodellen: Kontradiksjonsrett og EFTA-domstolens faktiske prøvingsgrunnlag

6.1 Innledning

I dette kapitlet skal jeg undersøke hvilken betydning det får for ivaretagelse av effektiv rettsbeskyttelse at ESAs vedtak er truffet på bakgrunn av utkast fra EU-finanstilsynene under EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell til Det europeiske finanstilsynssystemet. I medhold av prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse har en privat markedsaktør rett til å bli gjort kjent med og få uttale seg om alle relevante forhold som vedtaket fra ESA bygger på, og alle relevante forhold skal være gjenstand for etterfølgende kontroll i en domstol. Dette er nødvendig for å ivareta markedsaktørens rett til kontradiksjon, og til en rettferdig rettergang med effektive rettsmidler.²⁶⁰ Fra finansmarkedsaktørenes perspektiv er det relevante spørsmålet om utkastet har en så direkte betydning for finansmarkedsaktørens rettsstilling at det skal være tilgjengelig for aktøren, og gjenstand for legalitetskontroll som del av ESAs vedtak.

Verken ODA eller tilpasningstekstene i EØS-avtalen vedlegg IX angir hva utkastene skal inneholde eller hvilken betydning de har for ESAs vedtak. Ifølge ODA Protokoll 8 artikkel 3 (1) skal ESAs vedtak skal være basert på utkast. Det gjøres ingen unntak fra dette. Likevel angir bestemmelsen videre at ESA treffer vedtak i full uavhengighet.²⁶¹ ESA har så langt truffet tre vedtak mot finansmarkedsaktører og har tilsynelatende vektlagt forutsetningen om uavhengighet: Det første vedtaket ble fattet i 2018 og gjaldt innvilgelse av konsesjonssøknad for et kredittvurderingsbyrå.²⁶² Det andre vedtaket ble truffet i mars 2020 og senket terskelen for rapporteringspliktige net shortposisjoner med bindende virkning overfor en gruppe finansmarkedsaktører med tre måneders varighet.²⁶³ I juni 2020 ble beslutningen fra mars

²⁶⁰ Se kapittel 3.1 og 3.3

²⁶¹ ODA Protokoll 8 artikkel 3 (2).

²⁶² EFTA Surveillance Authority Delegated Decision no. 07/18/COL, 27. juli 2018, «to register Nordic Credit Rating AS as a credit rating agency».

²⁶³ EFTA Surveillance Authority Decision no. 02/20/COL, 16. mars 2020 «to temporarily lower the notification thresholds of net short positions».

fornyet ved ESAs tredje vedtak.²⁶⁴ I alle vedtakene oppgir ESA at avgjørelsene er tatt «i samarbeid» med det relevante EU-finanstilsynet, ESMA i alle tilfeller, uten noen henvisning til utkastene som det nødvendigvis har mottatt.²⁶⁵ Da forskere ved Universitet i Bergen anmodet ESA og det norske Finanstilsynet om innsyn i utkastet til vedtaket om innvilgelse av konsesjonssøknaden fra 2018, fikk de avslag. Begrunnelsen var at «utkastet skal reknast som intern, førebuande korrespondanse unnateke offentlegheit».²⁶⁶ Det andre og tredje vedtaket, om net shortposisjoner, er i innhold ordrett likt som tilsvarende vedtak truffet av ESMA.²⁶⁷ Den eneste forskjellen er at der det i ESMAAs vedtak oppgis at ESMA har foretatt vurderinger, er dette i ESAs vedtak endret til at avgjørelsen bygger på ESAs vurderinger.²⁶⁸

Ifølge ODA artikkel 16 «skal» vedtak fra ESA begrunnes. Denne bestemmelsen er gitt i ODAs hoveddel, og gjelder ikke særskilt for ESAs vedtak etter EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell. De tre vedtakene som er truffet så langt vitner om at ESA ikke har ansett seg forpliktet til å opplyse om utkastene som del av begrunnelsen for vedtakene. Ingen av vedtakene griper inn negativt overfor en individuell finansmarkedsaktør. De kan derfor ikke anses som representative for hva ESA skulle anse seg forpliktet til å opplyse om dersom det hadde vært tale om å ilegge en reaksjon på individuell rettsstridig markedsaktivitet, som er de typene vedtak jeg tar for meg i oppgaven.²⁶⁹ Så langt har ikke ESA truffet et vedtak som har en inngrepande virkning overfor individuelle finansmarkedsaktører.²⁷⁰ I et slikt tilfelle slår prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse sterkere inn og stiller strengere krav til begrunnelsesplikten. Likevel er det interessant at ESA omtaler forholdet til ESMA som et «samarbeid», og anser et utkast som «intern førebuande korrespondanse» unntatt offentlig

²⁶⁴ Se EFTA Surveillance Decision no. 056/20/COL 11 juni 2020 «to renew the temporary requirement of natural or legal persons who have net short positions to lower the notification thresholds of net short positions».

²⁶⁵ Se EFTA Surveillance Delegated Decision of 27 July 2018 no. 071/18/COL s. 2; EFTA Surveillance Authority Decision of 16 March 2020 no. 02/20/COL s. 5; EFTA Surveillance Decision, 11 juni 2020, no. 056/20/COL s. 3

²⁶⁶ Se Ingrid Halvorsen Barlunds kronikk «Myndighetsoverføring av finanstilsyn – kva skjer bak lukka dører?» 27. januar 2020, Hentet fra <https://rett24.no/articles/myndighetsoverforing-av-finanstilsyn--kva-skjer-bak-lukka-dorer> [sist besøkt 13.07.20].

²⁶⁷ Se EFTA Surveillance Authority Decision of 16 March 2020 no. 02/20/COL, sml. ESMA decision of 16 March, ESMA70-155-246 «to require natural or legal persons who have net short positions to temporarily lower the notification thresholds of net short positions» som publisert på ESMAAs hjemmesider

<https://www.esma.europa.eu/press-news/esma-news/esma-requires-net-short-position-holders-report-positions-01-and-above> [sist besøkt 13.07.2020]; Se EFTA Surveillance Authority Decision no 056/20/COL, 11. Juni 2020, sml. ESMA Public Statement, ESMA71-99-1342, 11. Juni 2020, som publisert på ESMAAs hjemmesider https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma71-99-1342_decision_ss_reporting_renewal_statement.pdf [sist besøkt 13.07.2020].

²⁶⁸ *Ibid.*

²⁶⁹ Se punkt 4.1

²⁷⁰ Juni 2020.

innsyn. Inntrykket man sitter igjen med er at ESA ikke vil opplyse om utkastene med mindre det har rettslig plikt til det.

Dersom ESA treffer et vedtak som påvirker en finansmarkedsaktørs rettsstilling negativt, slår altså prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse inn med større tyngde. I det følgende er det ESAs opplysningsplikter i et slikt tilfelle som skal undersøkes nærmere. Bestemmelsene om ESAs plikt til å forhåndsvarsle og begrunnelsesplikt er utslag av kontradiksjonsretten og sentrale for effektiv rettsbeskyttelse.²⁷¹ Videre kan EFTA-domstolen, etter anmodning fra saksøker, pålegge ESA å legge frem beviser under den etterfølgende legalitetskontrollen med ESAs vedtak.²⁷² Ingen av disse bestemmelsene angir uttrykkelig at ESA skal gi adressaten for vedtaket innsyn i det underliggende utkastet. I det følgende er det ESAs begrunnelsesplikt og bevisføringsplikt som skal undersøkes nærmere i henholdsvis punkt 6.2 og 6.3. Selv om finansmarkedsaktørene skulle være interesserte i å få innsyn i utkastet allerede før vedtaket fattes, er det grunn til å tro at de har et bedre rettslig grunnlag for å kreve dette *etter* at vedtaket er truffet. Det er først da det har skjedd et inngrep, som potensielt kan være ulovlig og som gjør det nødvendig med tilgang til effektive rettsmidler for vedtakets adressat.

6.2 ESAs begrunnelsesplikt

6.2.1 ODA artikkel 16

Ifølge ODA artikkel 16, skal ESAs vedtak «begrunnes». ESAs begrunnelsesplikt er ikke nærmere utdypet i ODA, og krav til begrunnelse følger av rettspraksis. Gjennom praksis har EFTA-domstolen lagt til grunn at en begrunnelse fra ESA skal være klar og utvetydig, og skal gjøre berørte personer i stand til å forstå hvilke rettslige og faktiske forhold som ligger til grunn for ESAs vedtak.²⁷³ Formålet er å gjøre adressaten i stand til å ta et informert valg om hvorvidt den vil bestride vedtakets gyldighet gjennom rettsmidler og videre utgjøre det sentrale prøvingsgrunnlaget for EFTA-domstolen ved etterfølgende legalitetskontroll.²⁷⁴ Disse premisene samsvarer med prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse, som av EU-domstolen er

²⁷¹ Jf. ODA Protokoll 8 artikkel 5 og ODA Artikkel 16; Se kapittel 3.

²⁷² Jf. ODA Protokoll 5 artikkel 21; se kapittel 3 og punkt 6.2.

²⁷³ Se forente saker E-4/10, E-6/10 og E-7/10, *Swisscom m.fl. mot ESA* [2011] avsnitt 171 med videre henvisninger.

²⁷⁴ *Ibid.*

omtalt som adressatens rett til forsvar og kontradiksjon.²⁷⁵ Dersom EFTA-domstolen finner at ESAs begrunnelse ikke er tilstrekkelig, anses dette som en «vesentlig formfeil», og grunnlag for å kjenne vedtaket ugyldig etter ODA artikkel 36.²⁷⁶

Det beror på en konkret vurdering om ESAs begrunnelse er tilstrekkelig. Sentralt i vurderingen er tiltakets karakter, begrunnelsen som er gitt, og hvilken interesse adressater for tiltaket har i å få en forklaring.²⁷⁷ ESA har ikke plikt til å inkludere alle forhold som vedtaket bygger på i begrunnelsen. Begrunnelsen skal inneholde «the facts and the legal considerations having decisive importance in the context of the decision».²⁷⁸ Sett hen til at del av formålet med begrunnelsesplikten er å gjøre adressaten i stand til å avgjøre om den vil ta rettslige skritt for å bestride utkastets gyldighet, er behovet eller interessen i å få en begrunnelse sterkere der det er tale om et vedtak som griper inn i adressatens rettsstilling på en negativ måte. Der vedtak innebærer pålegg eller økonomiske sanksjoner som reaksjon på rettsstridig markedsaktivitet, vil behovet for begrunnelse være større enn der vedtaket gjelder innvilgelse av en konsesjonssøknad.²⁷⁹

6.2.2 Skal ESA gjøre utkastet fra EU-finanstilsynet tilgjengelig som del av vedtakets begrunnelse?

Det er altså begrunnelsens innhold og hvorvidt den oppfyller sitt formål overfor private aktører og EFTA-domstolen som avgjør om begrunnelsen er adekvat. Begrunnelsen skal gi private aktører og EFTA-domstolen mulighet til å få et informert innblikk i hvilke faktiske og rettslige forhold vedtaket bygger på. Siden begrunnelsesplikten skal sikre adressaten for vedtaket kjennskap til de faktiske og rettslige opplysningene som vedtaket bygger på, kan det fra ESAs perspektiv anføres at *måten* opplysningene presenteres på, ikke har avgjørende betydning så lenge begrunnelsen tydeliggjør de faktiske og rettslige *forholdene* som utgjør avgjørende grunner for vedtaket. Som påpekt i punkt 6.1 kan det at ESA så langt ikke har vist til utkastene i begrunnelsene for de vedtakene som er truffet, tilsi at ESA i disse tilfellene ikke anså seg som rettslig forpliktet til å opplyse om utkastene som del av begrunnelsen. Spørsmålet er om ESA

²⁷⁵ Se bl.a Sak C-280/08 P *Deutsche Telekom AG v. Commission*, 14. oktober 2010, EU:C:2010:603, avsnitt 30, som henvist til i Frese (2014) s. 76; Prechal (2014) s. 149 med videre henvisning til bl.a. Sak C-300/11 ZZ [2013] EU:C:2013:363, avsnitt 53 om Charterets artikkel 47, og EU-domstolens tidligste avgjørelse Case 222/86 *Heylens* [1987] EU:C1987:442, avsnitt 15.

²⁷⁶ Se EFTA-domstolen i sak E-2/94 *Scottish Salmon Growers* [1995] avsnitt 25; se oppgavens punkt 3.3.

²⁷⁷ Se forente saker E-4/10, E-6/10 og E-7/10, *Swisscom m.fl. mot ESA* [2011] avsnitt 172.

²⁷⁸ *Ibid.* avsnitt 173.

²⁷⁹ Se punkt 6.1.

vil være forpliktet til å legge ved utkastene som del av begrunnelsen dersom det aktuelle vedtaket er rettet mot en individuell finansmarkedsaktør som en reaksjon på aktørens rettsstridige finansmarkedsaktivitet.

Som påpekt i punkt 4.2 foretar det relevante EU-finanstilsynet faktiske og rettslige vurderinger som ligger til grunn for utkastet det utsteder til ESA med anmodning om å treffe rettslig bindende vedtak. Dette kan tilsi at utkastet skal inkluderes i begrunnelsen, dersom begrunnelsens formål skal oppnås. For finansmarkedsaktøren vil det være en fordel å få tilgang til utkastet allerede som del av begrunnelsen. Aktøren kan da selv avgjøre om den vil legge det frem som bevis for EFTA-domstolen ved en eventuell ugyldighetskontroll med ESAs vedtak. Som jeg kommer tilbake til kapittel 6.3, mener jeg at utkastet vil kunne utgjøre et relevant bevis i en sak for EFTA-domstolen.

Videre kan det være av interesse for finansmarkedsaktøren å undersøke om ESAs vurderinger av de rettslige og faktiske forholdene som begrunner vedtaket avviker fra EU-finanstilsynenes. Ifølge ODA artikkel 3 (2), treffer ESA det påfølgende vedtaket i «full uavhengighet». Dette må nødvendigvis bety at ESAs vedtak ikke *må* samsvare med utkastet. I den grad ESAs vedtak baserer seg på ESAs egne vurderinger, kan det riktignok argumenteres for at utkastet ikke utgjør et forhold som har «decisive importance in the context of the decision», slik kravet er for ESAs begrunnelsesplikt.²⁸⁰ Samtidig, er det vanskelig å se for seg hvilke reelle muligheter ESA har for å erstatte EU-finanstilsynenes vurderinger med sine egne. Selv om ESA skulle være enig i, og slutte seg til, de vurderinger som EU-finanstilsynet gjør, legges det ikke opp til at ESA skal gjøre sine egne undersøkelser av forholdet, utover den informasjonen som EU-finanstilsynene gir i utkastene. Forutsetningen om at ESA opptre uavhengig, gjør det relevant å stille spørsmål ved om, og eventuelt på hvilken måte, ESAs vedtak skiller seg fra utkastet fra EU-finanstilsynet som vedtaket er basert på.

Dersom formålet med å kreve innsyn i EU-finanstilsynets utkast er å kontrollere om det er avvik mellom ESAs vurderinger og EU-finanstilsynets vurderinger, vil dette heller ikke kunne avhjelpest av det faktum at finansmarkedsaktøren tidligere har blitt varslet før vedtaket treffes. Selv om verken ESA eller EU-finanstilsynet kan bygge en vurdering av faktiske forhold på omstendigheter som finansmarkedsaktøren ikke har fått uttale seg om, vil ikke

²⁸⁰ Se forente saker E-4/10, E-6/10 og E-7/10, *Swisscom m.fl. mot ESA* [2011] avsnitt 173.

finansmarkedsaktøren ha noen forutsetninger for å vite hvordan uttalelsene blir vektet og vurdert før etter at vedtaket er fattet.

Dersom ESA ikke har plikt til å gi innsyn i utkastet sammen med begrunnelsen, har finansmarkedsaktøren en siste mulighet under prosessen til å få innsyn i utkastet ved å kreve det fremlagt som bevis ved påfølgende sak i EFTA-domstolen. Som man vil se, er reglene om bevisføring også vagt formulerte og må i stor grad avpasses konkrete forhold. Mitt inntrykk er at anvendelsen av bevisføringsreglene har likhetstrekk med reglene om begrunnelsesplikt, og de argumentene som er nevnt her i punkt 6.2.2 gjør seg tilsvarende gjeldende for spørsmålet om bevisføringsplikt. I kapittel 6.3 skal jeg fokusere på hva bevisføringsplikten kan tilføre for ivaretagelse av effektiv rettsbeskyttelse, i tillegg til det som er nevnt så langt.

6.3 ESAs bevisføringsplikt

6.3.1 Bevisreglene i EFTA-domstolens rettergangsprosedyre og i lys av EMK artikkel 6 (1)

Bevisføringsreglene i EFTA-domstolens rettergangsprosedyre kan også utgjøre et mulig grunnlag for å kreve at ESA gir innsyn i utkastet. Fra finansmarkedsaktørens perspektiv, blir dette særlig aktuelt dersom ESA ikke gir innsyn i utkastet sammen med begrunnelsen. ESA har ikke plikt til å legge frem utkastet under bevisføringen på eget initiativ. Dette illustrerer forskjellen mellom ESAs rolle under søksmålet for EFTA-domstolen, og ESAs rolle i forbindelse med vedtaket det treffer: Til forskjell fra reglene om forhåndsvarsling og begrunnelsesplikt, har ikke ESA noe selvstendig ansvar for å ta hensyn til finansmarkedsaktørens rettsbeskyttelse under søksmålet for EFTA-domstolen. ESA er stevnet inn som saksøkt, og har kun ansvar for å ivareta sine egne interesser. Under søksmålet er det i stedet EFTA-domstolen som har ansvaret for å sørge for en rettferdig balanse mellom saksøker og saksøktes interesser. Partene har fri bevisføringsrett, og i utgangspunktet står ESA fritt til å avgjøre hva som skal legges frem som bevis og ikke. EFTA-domstolen har i utgangspunktet plikt til å innta en tilbakeholden rolle, og forholde seg til de beviser som presenteres for den. Noe annet vil kunne undergrave EFTA-domstolens uavhengighet og objektivitet. Det er derfor ikke meningen at EFTA-domstolen skal iverksette sine egne undersøkelser for å kontrollere partenes påstander.

I stedet må finansmarkedsaktøren som har stevnet inn ESAs vedtak henvende seg til EFTA-domstolen for å kreve utkastet fremlagt. Ifølge EFTA-domstolens Rules of Procedure kan EFTA-domstolen, enten på eget initiativ eller på anmodning fra partene, pålegge en part å legge frem dokumenter «or any papers» som er tilknyttet saken og som domstolen anser som ønskelige.²⁸¹ Pålegget skjer «by means of an order» og vil følgelig være bindende for partene.²⁸² EFTA-domstolens adgang til å beordre et bevis fremlagt utgjør et såkalt «measure of inquiry», som kan iverksettes under den skriftlige saksforberedelsen, før hovedforhandling.²⁸³ EFTA-domstolens prosedyreregler inneholder ingen nærmere regulering av hvordan EFTA-domstolen skal anvende denne skjønnsmessige adgangen til å pålegge en av partene å fremlegge beviser.

Samtidig må pålegg om å fremlegge et bevis nødvendigvis samsvare med bestemmelsens formål om å sørge for en effektiv og forsvarlig saksforberedelse.²⁸⁴ I tråd med alminnelige krav til en domstol, har EFTA-domstolen ansvar for å sikre at saken avgjøres på bakgrunn av riktige opplysninger, og videre at rettergangen gjennomføres på en forsvarlig, og effektiv måte. I tillegg har EFTA-domstolen lagt til grunn at dens interne prosedyreregler skal tolkes i lys av fundamentale rettigheter.²⁸⁵ EFTA-domstolen har med dette plikt til å anvende skjønnet på en måte som ikke strider mot prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse. Det er derfor av interesse å undersøke hvilke føringer EMK legger for bevisfremleggelse, i lys av EMDs praksis.²⁸⁶

De eneste føringer for bevisfremleggelse i EMK følger av EMK artikkel 6 (3) bokstav d. En privat part gis her rett til å få avhøre motpartens vitner, og innkalle og avhøre vitner på egne vegne, og gjelder etter ordlyden bare for den straffeprosessuelle grenen av EMK. Vitneavhør utgjør et annet bevismiddel enn dokumentbevis, og ordlyden i artikkel 6 (3) bokstav d omfatter dermed i utgangspunktet ikke utkastene fra EU-finanstilsynene. EMD har imidlertid lagt til grunn at EMK artikkel 6 (3) bokstav d gir uttrykk for en privat parts prinsipielle rett til *equality of arms*, under artikkel 6 sin helhetlige ivaretagelse av rettferdig rettergang.²⁸⁷ Dette gjelder

²⁸¹ Se EFTA Court Rules of Procedure av 4. januar 1994, artikkel 49, artikkel 50 nr. 1 (b) og nr. 3, og artikkel 51, tilgjengelig fra <https://eftacourt.int/the-court/rules-of-procedure/> [sist besøkt 14.07.20]; jf. EFTA-domstolens vedtekter i ODA Protokoll 5 artikkel 21 og artikkel 43, jf. ODA artikkel 43.

²⁸² Se EFTA Court Rules of Procedure, artikkel 50 nr. 3.

²⁸³ At rettergangen har en skriftlig forberedelse og en muntlig hoveddel fremgår av ODA Protokoll 5 artikkel 18 (1), (2) og (4); Se EFTA Court Rules of Procedure, artikkel 49 og 50 om EFTA-domstolens «measures of inquiry».

²⁸⁴ Se EFTA Court Rules of Procedure, artikkel 49 nr. 2 (a) og (b).

²⁸⁵ Se sak E-14/11 *Schenker I* [2012] avsnitt 78 med videre henvisninger.

²⁸⁶ Se punkt 2.3.2 om EMK som kilde i EØS-retten.

²⁸⁷ Se *Gryaznoc v. Russia* [J], 2012 ECHR:2012:0612JUD001967303 avsnitt 57 som henvist til av Settem, Ola Johan, *The balance between procedural safeguards and efficiency: An analysis of the application of the «fair hearing» norm in ECHR Article 6 (1) to civil proceedings*, Dissertation for the degree of philosophiae doctor (PhD), University of Bergen, Norway 2015, s. 383.

uavhengig av det konkrete bevismiddelet, og både i sivile- og straffeprosessuelle saker. I vurderingen av fair hearing i sivilrettslige saker har EMD i flere tilfeller trukket frem at en nasjonal domstol har nektet en privat part å føre et bevis.²⁸⁸ I utgangspunktet tilkjenner EMD domstolene en vid skjønnsmargin for beslutningen om et bevis skal tillates ført eller ikke. Samtidig må avgjørelsen være i samsvar med krav til rettferdig rettergang, og ikke undergrave en privat parts rett til *equality of arms*. EMD forklarer innholdet i *equality of arms* på denne måten:

«... Equality of arms implies that each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case - including his evidence - under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent».²⁸⁹

Det avgjørende er altså at partene skal ha en rimelig mulighet til å presentere sin sak, uten at de blir vesentlig dårligere stilt enn motparten. Dersom forholdene som skal bevises kan fremstilles på en annen måte eller allerede fremgår av øvrig bevismateriale, vil ikke en avvisning av anmodning om å fremlegge beviset stille parten i en vesentlig dårligere stilling. Er beviset derimot nødvendig og relevant for sentrale faktiske forhold i saken, vil en nektelse fra domstolen om å få beviset fremlagt kunne undergrave kravet til rettferdig rettergang. At bevisets relevans og nødvendighet er av betydning for om det å nekte beviset ført er del av den helhetlige ivaretagelsen av rettferdig rettergang, har blitt lagt til grunn i langvarig EMD-praksis med hensyn til straffeprosessuelle saker.²⁹⁰ Siden kravet om rettferdig rettergang og *equality of arms* også gjelder innenfor den sivilprosessuelle grenen av EMK artikkel 6, vil vurderingstemaet også være retningsgivende her etter min mening.²⁹¹

EMDs praksis om EMK artikkel 6 (3) bokstav d og kravene til *equality of arms* kan overføres til EØS-retten i den forstand at EFTA-domstolen må overholde det overordnede kravet til rettferdig rettergang som oppstilles av EMK artikkel 6. Sett hen til at prinsippet om equality of arms utgjør et relevant prinsipp i denne sammenhengen får det følgelig også betydning for krav

²⁸⁸ Se Settem (2015) s. 383.

²⁸⁹ Se bl.a. *Gryaznov v. Russia* [J], ECHR:2012:0612JUD001967303, avsnitt 57 med videre henvisninger, som henvist til i Settem (2015) s. 383 med videre henvisninger; se tilsvarende Schabas (2015) s. 288 med videre henvisninger.

²⁹⁰ Se bl.a. *Zirnīte v. Latvia* [J], ECHR:2020:0611JUD006901911 avsnitt 48 med videre henvisninger; se Settem (2015) s. 386 med videre henvisninger.

²⁹¹ I denne retning Settem (2015) s. 385–386 med videre henvisninger.

til bevisføring under det EØS-rettslige prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse. Et krav om *equality of arms* er for øvrig også lagt til grunn av EU-domstolen.²⁹²

EMD har godtatt at nasjonale domstoler har nektet et bevis før hvis det ikke er tilstrekkelig nødvendig eller relevant for sakens opplysning.²⁹³ Motsatt formulert, kan det utledes av EMDs praksis at dersom EFTA-domstolen avviser en anmodning om å få fremlegge et bevis som er *relevant og nødvendig for sakens opplysning*, kan dette undergrave kravene til rettfærdig rettergang som følger av EMK artikkel 6 (1), og videre gjelder for det EØS-rettslige prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse.

I medhold av prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse, har EFTA-domstolen derfor en plikt til å tillate beviser som er *relevante og nødvendige* for sakens opplysning. For anvendelse i oppgavens tilfelle kreves det imidlertid en presisering. Her er ikke spørsmålet om EFTA-domstolen skal *tillate* finansmarkedsaktøren å få føre et bevis som allerede er i finansmarkedsaktørens besittelse, men i stedet om EFTA-domstolen skal *pålegge* ESA å føre et bevis som utelukkende er i ESAs besittelse. Etter min mening må nødvendigvis det samme kriteriet, hvorvidt beviset er relevant og nødvendig for sakens opplysning, være avgjørende – også for EFTA-domstolens muligheter til å avvise en anmodning om å pålegge ESA å legge frem utkastet som bevis. Bevisets relevans og nødvendighet påvirkes ikke av hvem av partene som har beviset i sin besittelse. Kravet til en rettfærdig rettergang er det samme, og behovet for *equality of arms* gjør seg gjeldende i minst like stor grad her, som i de tilfeller der finansmarkedsaktøren har et bevis i egen besittelse. Med dette utgangspunktet tilsier prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse at EFTA-domstolen skal pålegge ESA å legge frem utkastet som bevis i saken, dersom utkastet er nødvendig og relevant for sakens opplysning. I *Ufex and Others v. Commission* kom EU-domstolen med en lignende uttalelse.²⁹⁴ EU-domstolen konkluderte med at Underretten hadde brutt sine prosessuelle plikter ved å la være å etterkomme en anmodning om å kreve et brev fremlagt når Underretten bare begrunnet dette med at brevet ikke utgjorde grunnlag for å bevise en påstand om myndighetsmisbruk. EU-domstolen la til grunn at Underretten ikke kunne konkludere på dette uten å ha undersøkt det aktuelle brevet.²⁹⁵

²⁹² Se Prechal (2014) s. 149.

²⁹³ Se Settem (2015) s. 386.

²⁹⁴ Se sak C-119/97 *Ufex and others v. Commission*, 4. mars 1999 EU:C:1999:116, Avsnitt 111, som henvist til av Lenaerts, Maselis og Gutman (2014) s. 767, se også s. 771 om bevisets relevans som grunnlag for fremleggelse.

²⁹⁵ C-119/97 *Ufex and others v. Commission* [1999] EU:C:1999:116, avsnitt 111.

Brevet var følgelig nødvendig for å kontrollere partens påstand om myndighetsmisbruk fra Kommisjonen.

Mangelfull ivaretagelse av bevisføringen er ikke nødvendigvis tilstrekkelig til å konkludere med at det overordnede kravet til effektiv rettsbeskyttelse er overtrådt. Som ellers, beror dette på en helhetsvurdering av prosessen, i alle ledd. Her inngår både hvordan resten av prosessen har vært med hensyn til å ivareta andre prosessuelle rettigheter, og om bevisene har blitt tillatt ført på et tidligere stadium. Dette er nødvendigvis forhold som får betydning for bevisets relevans og nødvendighet. I det følgende er spørsmålet imidlertid om forhold ved utkastene i seg selv tilsier at de utgjør nødvendige og relevante bevis for sakens opplysning ved EFTA-domstolens etterfølgende kontroll med ESAs vedtak mot finansmarkedsaktører som reaksjon på rettsstridig markedsaktivitet.

6.3.2 Tilsier prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse at utkastet skal gjøres tilgjengelig som del av ESAs bevisførsel?

For finansmarkedsaktører som får vedtak mot seg av ESA, er EFTA-domstolen eneste prøvingsinstans. EFTA-domstolens prosess må derfor ivareta alle rettssikkerhetsgarantiene. Som nevnt i punkt 6.3.1 har EFTA-domstolen plikt til å etterkomme en anmodning fra en finansmarkedsaktør om at ESA legger frem utkastet som bevis, dersom dette er relevant og nødvendig for sakens opplysning. I det følgende skal jeg skissere hvilke forhold som kan tilsa at finansmarkedsaktøren kan kreve å få utkastet fremlagt.

Tatt i betraktning at EU-finanstilsynet har særskilt finansfaglig kompetanse, vil det i tilfelle avvik mellom ESA og EU-finanstilsynenes vurderinger være relevant å kontrollere om ESAs finansfaglige vurderinger bygger på en riktig forståelse av faktiske forhold, i henhold til EU-domstolens uttalelser i *Tetra Laval*.²⁹⁶ Dette krever i utgangspunktet ikke at selve utkastet legges frem, all den tid ESA påpeker avviket i begrunnelsen til finansmarkedsaktøren eller ved forklaring til EFTA-domstolen. På den annen side vil det være mer nøytralt og upartisk dersom selve dokumentet med utkastet legges frem, i stedet for en gjengivelse fra ESA. Som alternativ, er det tilsynelatende ingen begrensninger i EFTA-domstolens prosessuelle regulering mot at EU-finanstilsynet kan forklare seg under ugyldighetssøksmålet. Men dette vil ikke

²⁹⁶ Se punkt 5.3.2 og 5.3.3 om EU-domstolens uttalelser i sak C-12/03 P *Tetra Laval* [2005] EU:C:2005:87, avsnitt 39 også blir avgjørende for EFTA-domstolens kontroll med ESAs finansfaglige vurderinger på konkurranserettens område. Dette innebærer at EFTA-domstolen kan «tolke» ESAs finansfaglige vurderinger.

nødvendigvis være reparerende for finansmarksaktørens mulighet til å vurdere sin rettsstilling før et ugyldighetssøksmål, slik begrunnelsesplikten forutsetter. Sett hen til at EU-finanstilsynet ikke er bundet av EFTA-pilarens begrunnelsesplikt, vil det være mest nærliggende å forplikte ESA til å gjøre utkastet tilgjengelig i forbindelse med begrunnelsen for vedtaket som blir truffet.

I tillegg til at utkastet kan være relevant for å kontrollere om ESAs skjønnsutøvelse stemmer overens med utkastets vurderinger, og for øvrig som et bevis i saken, kan det i tillegg argumenteres for at det kan ha verdi å kontrollere lovligheten av utkastets vurderinger i seg selv. Dette er særlig aktuelt hvis vurderinger i utkastet i realiteten utgjør del av grunnlaget for ESAs vedtakets. En slik tilnærming ble lagt til grunn av EU-domstolens Underrett i forente saker *Artegodan m.fl. mot Kommisjonen* og opprettholdt i EU-domstolen.²⁹⁷ I saken måtte Underretten ta stilling til om en medisinskvitenskapelig rapport fra det fagkyndige EU-byrået CPMP skulle inngå i domstolens prøvingsgrunnlag, ved legalitetskontroll med vedtak om tilbaketrekking av legemiddelmarkedsføringstillatelser som Kommisjonen hadde truffet på bakgrunn av rapporten. Den relevante hjemmelen som Kommisjonens vedtak bygget på, forutsatte at Kommisjonen hadde innhentet en slik rapport fra CPMP før vedtaket ble truffet, men var ikke bindende for Kommisjonen.²⁹⁸ Selv om rapporten ikke ga rettslig bindende føringer for Kommisjonen, og derfor formelt ikke utgjorde del av det rettslig bindende vedtaket som var gjenstand for legalitetskontroll, konkluderte Underretten med at det kunne være nødvendig å også gjøre rapporten til gjenstand for legalitetskontroll.²⁹⁹ Begrunnelsen for dette var at rapportens medisinskfaglige vurderinger hadde en så «avgjørende betydning» for Kommisjonens vedtak, at «uregelmæssigheter» ved vurderingene måtte kunne anses som «en tilsidesettelse af de væsentlige formkrav, der er forbundet med lovligheden» av Kommisjonens vedtak.³⁰⁰ Det kunne ikke ha avgjørende betydning at rapporten var utarbeidet av et annet organ enn Kommisjonen. Underretten viste til at grunnen til dette kun var at Kommisjonen selv «... ikke er i stand til at foretage vurderinger af videnskabelig karakter», og at de faglige betydningenes viktighet nettopp ble understreket av «den obligatoriske konsultation af CPMP»

²⁹⁷ Se Underrettens dom i forente saker T-74/00, T-76/00, T-83/00, T-85/00, T-132/00, T-137/00 og T-141/00, *Artegodan med flere mod Kommisjonen* 26. november 2002 EU:T:2002:283, som henvist til i Craig (2019) s. 176; Opprettholdt av EU-domstolen i sak C-39/03 P *Artegodan and Others v. Commission*, 24. juli 2003, EU:C:2003:418.

²⁹⁸ Se forente saker T-74/00, T-76/00, T-83/00, T-85/00, T-132/00, T-137/00 og T-141/00, *Artegodan med flere mod Kommisjonen* [2002] EU:T:2002:283, avsnitt 198 og 139.

²⁹⁹ *Ibid.* avsnitt 199.

³⁰⁰ *Ibid.* avsnitt 197.

som hadde «til formål at give Kommissionen de nødvendige videnskabelige vurderinger for at sætte den i stand til med fuldt kendskab til sagen at træffe afgørelse om de foranstaltninger, der er egnede til at sikre et højt sundhedsbeskyttelsesniveau».³⁰¹

Det kan kanskje hevdes at det er et større sprik i forventet fagkyndighet mellom et medisinskfagkyndig organ og Kommisjonen, enn mellom EU-finanstilsynene og ESA. ESA har et eget «Chief Economist Team», bestående av fem økonomer, og ifølge ESAs interne retningslinjer, skal alle avdelinger konsulteres før det treffes bindende beslutninger.³⁰² Vedtak som treffe på bakgrunn av utkast vil derfor være forelagt personer med tilstrekkelig kvalifikasjon for økonomiske spørsmål under ESAs forberedende saksbehandling. Samtidig ville formålet med utkastmodellen falt bort, dersom en slik prosedyre var tilstrekkelig for å sikre homogen gjennomføring av Det europeiske finanstilsynssystemet mellom EFTA-pilaren og EU-pilaren. Begrunnelsen for at ESA skal treffe vedtak på bakgrunn av EU-finanstilsynenes utkast, er at EU-finanstilsynene innehar en særlig fagkyndig ekspertise, samt kapasitet som ESA mangler.³⁰³ I lys av dette, er det holdepunkter for å anta at utkastmodellen bygger på en forutsetning om at de finansfaglige vurderingene som EU-finanstilsynene foretar, utgjør et sentralt og nødvendig element i grunnlaget som ESA må bygge sin beslutning på. Selv om medisinskfagkyndige vurderinger og økonomiske vurderinger både i karakter og innhold er av helt forskjellig art, er formålet med å fordele oppgavene mellom et spesialistorgan, og et kompetent beslutningsorgan slik oppgavefordeling mellom et spesialistorgan og et kompetent beslutningsorgan den samme. Etter min mening medfører dette at utkastene fra EU-finanstilsynene kan anses å ha avgjørende betydning for ESAs vedtak – ikke bare formelt, men også reelt.

Underretten viser ikke uttrykkelig til prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse eller andre fundamentale EU-rettslige prinsipper i sin begrunnelse for at rapporten skal kontrolleres

³⁰¹ *Ibid.* avsnitt 199.

³⁰² Jf. EFTA Surveillance Authority Rules of Procedure, av 7 January 1994 Doc. No 196989, Recast 19 December 2017 College Decision No 217/17/COL, artikkel 4 (3), jf. (1). ESAs Chief Economist Team er plassert i avdelingen for konkurranse- og statsstøttesaker, se ESA Document 459097, 05.05.2020 *ESA Organisation Chart* hentet fra https://www.eftasurv.int/cms/sites/default/files/documents/ESA%20Organisation%20chart%20-%20website_3.pdf [sist besøkt 13.07.20]; Forberedende saksbehandling ifm. Det europeiske finanstilsynssystemet hører under ESAs avdeling for *Internal Market Affairs*, ifølge ESA i intervju med abc nyheter, se Vermes, Thomas «Forsker-alarm: Demokratisk problem med hemmelighet om EUs finansvedtak om Norge», ABC nyheter, 18. februar 2020, tilgjengelig fra <https://www.abcnyheter.no/nyheter/politikk/2020/02/18/195649975/forsker-alarm-demokratisk-problem-med-hemmelighet-om-eus-finansvedtak-om-norge> [sist besøkt 14.07.20]

³⁰³ Prop. 100 S (2015-2016) s. 14.

sammen med Kommisjonens vedtak. Begrunnelsen er imidlertid gitt med henvisning til de prosessuelle garantier som skal sikres i saksbehandlingen i forkant av et rettslig bindende vedtak, som omfattes av prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse. Underretten viser til at uregelmessigheter ved rapporten kan utgjøre «... en tilsidesettelse af de væsentlige formkrav, der er forbundet med lovligheden af denne institutions beslutning ...». En legalitetskontroll kan ikke være effektiv dersom den ikke er egnet til å nettopp avdekke uregelmessigheter som kan tilsi at vedtaket kanskje ikke er lovlig. Videre legger Underretten til grunn at den kun kan kontrollere «... den formelle sammenheng og begrundelsen af udtalelsen», og bare «om udtalelsen indeholder en begrundelse, der gør det muligt at bedømme det grundlag, som den hviler på, og om det er godtgjort, at der foreligger en rationel sammenheng mellem de lægelige og/eller videnskabelige resultater og de konklusjoner, udtalelsen indeholder ...».³⁰⁴ Disse retningslinjene har tydelige likhetstrekk med dem som er oppstilt for kontroll med finansfaglige vurderinger, som presentert i kapittel 5.³⁰⁵ Det er altså ikke tale om å gjøre revolusjonerende endringer for den materielle rekkevidden av domstolens legalitetskontroll, men i stedet sikre at alle de relevante vurderinger som reelt ligger til grunn for vedtaket kontrolleres som del av en effektiv etterfølgende kontroll med lovligheten av et rettslig bindende vedtak.

Dersom EFTA-domstolen kan prøve utkastet som ESAs vedtak bygger på, som del av legalitetskontrollen med selve vedtaket, styrker dette finansmarkedsaktørens mulighet for en effektiv kontroll med alle forhold som vedtaket bygger på. Selv om EU-finanstilsynene ikke er underlagt EFTA-domstolens jurisdiksjon, og i prinsippet kan utstede et nytt utkast med samme innhold, vil ESA være avskåret fra å basere et vedtak på utkastet, i og med EFTA-domstolens avgjørelse om at et slikt vedtak er ugyldig.³⁰⁶ Fra finansmarkedsaktørens perspektiv, oppnås her et rettsmiddel som er egnet til å avskjære ulovligheter som fremgår av EU-finanstilsynenes utkast. Som påpekt i punkt 6.3.1 kan EFTA-domstolen pålegge ESA å legge frem utkastet under bevisførselen. Sett hen til at utkastene både utgjør et obligatorisk element i ESAs vedtaksprosedyrer og inneholder vurderinger som ESA forutsetningsvis ikke har nødvendig ekspertise til å foreta selv, tilsier prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse både at EFTA-

³⁰⁴ Se forente saker T-74/00, T-76/00, T-83/00, T-85/00, T-132/00, T-137/00 og T-141/00, *Artogodan med flere mod Kommisjonen* [2002] EU:T:2002:283, avsnitt 200.

³⁰⁵ Se særlig punkt 5.3.2 og 5.3.3 om kontrollen med finansfaglige vurderinger i lys av EU-domstolens uttalelser i C-12/03 P *Commission v. Tetra Laval* [2005] EU:C:2005:87, avsnitt 39.

³⁰⁶ Jf. ODA artikkel 38.

domstolen kan ha plikt til å gjøre dette, og videre at den kan prøve utkastet som del av ESAs vedtak.

Samtidig kan det spørres om det gir tilstrekkelig effektiv rettsbeskyttelse at utkastet først legges frem under saken for EFTA-domstolen. De prinsipper som er utviklet av EFTA-domstolen og EU-domstolen vedrørende krav til begrunnelse, fokuserer på at nødvendig *informasjon* skal gjøres tilgjengelig for adressaten av et rettslig bindende vedtak. Hvor informasjonen stammer fra, er tilsynelatende av mindre betydning. Dersom utkastet kan prøves som del av ESAs vedtak, vil denne muligheten imidlertid ikke være tilstrekkelig effektiv med mindre utkastet legges ved ESAs begrunnelse, etter min mening. Formålet med begrunnelsen er å gi adressaten mulighet til å avgjøre om den vil ta rettslige skritt mot vedtaket. Denne muligheten blir ikke reell og effektiv, med mindre adressaten gjøres kjent med innholdet i utkastet. Etter min mening tilsier dette at finansmarkedsaktøren som er gjenstand for ESAs vedtak skal ha adgang til å gjøre seg kjent med utkastets innhold som del av ESAs begrunnelse. Videre mener jeg at finansmarkedsaktøren i alle tilfeller har krav på å få utkastet kontrollert som del av ESAs vedtak ved EFTA-domstolens behandling. På denne måten sikres det at alle relevante og nødvendige forhold legges frem for sakens opplysning, og er gjenstand for kontradiksjon før EFTA-domstolen treffer avgjørelse i saken.

Et underliggende spørsmål som utkastmodellen aktualiserer, og som ikke løses av det som er skissert ovenfor, er om det er tilstrekkelig å ansvarliggjøre ESA for vurderinger som er foretatt av et organ utenfor EFTA-domstolens jurisdiksjon. Dette vil bli kommentert i punkt 6.4.

6.4 Fare for ansvarspulverisering?

Avslutningsvis i dette kapitlet vil jeg knytte noen bemerkninger til faren for ansvarspulverisering. Dersom de vurderinger som ligger til grunn for ESAs vedtak i realiteten er gjort av EU-finanstilsynet og formidlet til ESA i utkastene, kan det spørres om ansvaret for eventuelle ulovlige forhold ved vedtaket plasseres hos riktig organ. EFTA-domstolen har ikke jurisdiksjon til å overprøve og da videre ansvarliggjøre EU-finanstilsynene. Man kan da spørre om det å ansvarliggjøre ESA i stedet medfører fare for ansvarspulverisering.

Behovet for utkastmodellen er begrunnet i at EU-finanstilsynenes ekspertise er nødvendig for den overnasjonale myndighetsutøvelsen i Det europeiske finanstilsynssystemet. Som påpekt i kapittel 4 utgjør utkastene etter min mening ikke bare en obligatorisk formell forutsetning for

ESAs vedtak, men også i realiteten et svært sentralt element. Både i prosedyrene etter opprettellesforordningene artikkel 17, 18 og 19, og etter CRA II-forordningen, er det det relevante EU-finanstilsynet som vurderer den informasjonen som ligger til grunn for å konstatere at finansmarkedsaktøren har begått et rettsbrudd, og at det er nødvendig å gripe inn.³⁰⁷ Selv om ESA og representanter fra EØS/EFTA-statenes nasjonale myndigheter har møterett i EU-finanstilsynenes beslutningsorganer, er det utelukkende representanter fra EU-medlemsstatenes nasjonale myndigheter som har stemmerett.³⁰⁸ Det er derfor EU-medlemsstatenes nasjonale myndigheter som treffer beslutning om å utstede et utkast, og som bestemmer hva utkastet skal inneholde. Sammen med utkastet, skal det relevante EU-finanstilsynet gi ESA en frist for å forhåndsvarsle finansmarkedsaktøren som et eventuelt vedtak skal være rettet mot. Dette følger av artikkel 12 nr. 1 i et ikke-bindende «Multilateral Memorandum of Understanding» mellom ESA på den ene siden og EU-finanstilsynene på den andre siden.³⁰⁹ Generelt, skal ESA treffe vedtak «without undue delay» etter at det har mottatt et utkast, ifølge ODA Protokoll 8 artikkel 3 (1). Det at det er EU-finanstilsynene som har i oppgave å gjøre de innledende vurderingene, og utsteder et utkast dersom det finner rettslig og faktisk grunnlag for det, tilsier at det ikke er meningen at ESA skal gjøre selvstendige undersøkelser. Selv om ESA og EU-finanstilsynene samarbeider tett, og utveksler informasjon, legger ikke oppgavefordelingen opp til at ESA skal gjøre noen selvstendig kontroll av de opplysningene som den får forelagt av det relevante EU-finanstilsynet i utkastet. Når ESAs vedtak så skal være «basert» på utkastet, ifølge ODA Protokoll 8 artikkel 3 (1), må dette etter min mening forstås bokstavelig, slik at vedtaket fra ESA i realiteten gir uttrykk for EU-finanstilsynenes vurderinger.

Uklarheten vedrørende om ESA har plikt til å gi innsyn i utkastet, medfører uklarheter i ansvarsforholdet mellom EU-finanstilsynene og ESA, fra finansmarkedsaktørens perspektiv. Tilknytningsmodellen forutsetter at ESA opptrer uavhengig av EU-finanstilsynene, og at ESA alene skal regnes som ansvarlig for vedtakene som treffes mot finansmarkedsaktører.³¹⁰

³⁰⁷ Se Forordninger (EU) 1093/2010, (EU) 1094/2010 og (EU) 1095/2010 [Opprettellesforordningene] med tilpasninger som angitt i EØS-avtalen Vedlegg IX pkt. 31g, 31h og 31i, artikkel 17 nr. 2 og nr. 3, artikkel 18 nr. 2 og 3 og artikkel 19 nr. 2 og 3; se forordning (EU) 513/2011 [CRA II] som inntatt i EØS-avtalen vedlegg IX pkt. eb, artikkel 25; Dette er gjennomgått i oppgavens kapittel 4.

³⁰⁸ Se punkt 1.2.2.

³⁰⁹ Se «Multilateral Memorandum of Understanding on cooperation, information exchange and consultation» mellom EFTAs Overvåkingsorgan (ESA) og European Banking Authority (EBA), European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA) og European Securities and Markets Authority (ESMA), 26. april 2018, tilgjengelig fra https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esas_and_efta_sa_mmou_-_signed.pdf [sist besøkt 13.07.20].

³¹⁰ Se ODA Protokoll 8 artikkel 3 (2).

Samtidig kan det spørres om ESA er den riktige å ansvarliggjøre, sett i lys av at det er EU-finanstilsynene som fungerer som spesialistorganer og produsent av vurderingene som ESAs vedtak bygger på.

Det er ikke klart hvilken plass ansvarliggjøring av offentlig organ har i en legalitetsprøving av et vedtak, etter min mening. Er ansvarliggjøring et formål som etterfølgende prøving skal ivareta? Eller er formålet med en etterfølgende legalitetsprøving kun å sørge for at den private aktøren har tilgang til en etterprøving av om vedtakets innhold og formkrav er i tråd med grensene for lovlig myndighetsutøvelse? Et sentralt og tydelig formål med etterfølgende prøving er å kontrollere om utøvelsen av offentligrettslig myndighet er innenfor det som er lovlig, sett i lys av ODA artikkel 36. Dette knytter seg til det endelig bindende vedtakets innhold, og saksbehandlingskrav. Legger man dette til grunn, vil det organet som har hjemmel til å treffe det endelig bindende vedtaket, altså ESA, uansett være det ansvarlige organet: Hvem som har foretatt vurderingene som ligger til grunn for vedtaket er av mindre betydning.

På den annen side er det rettslige holdepunkter for å anta at et vedtak skal være resultat av en gjennomiktig og etterprøvbar prosess – også når det gjelder hvem som har foretatt underliggende vurderinger. Forutberegnelighet og rett til god forvaltning er begge fundamentale rettigheter som EØS-avtalen bygger på, som tilsier at det skal være tydelig for den private aktøren hvor vurderingene kommer fra.³¹¹ Kravet om god forvaltningsskikk etablerer en forventning om en tilstrekkelig gjennomiktig vedtaksprosess. Prinsippet om rett til god forvaltning utgjør et annet og videre prinsipp enn prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse. Mens prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse utelukkende knytter seg til den myndighetsutøvelse som gjelder rettslig bindende vedtak, gjelder prinsippet om god forvaltning for all offentligrettslig myndighetsutøvelse som ESA foretar. Dette betyr imidlertid ikke at prinsippet om god forvaltning ikke får betydning for ivaretagelse av effektiv rettsbeskyttelse. Også prinsippet om god forvaltning er et generelt, EØS-rettslig prinsipp som stiller materielle krav til ESAs myndighetsutøvelse. Dersom det kan legges til grunn at det strider mot prinsippet om god forvaltning at det er ESA som treffer avgjørelsen, på bakgrunn av vurderinger gjort i et av EU-finanstilsynene, kan det ikke utelukkes at dette medfører at myndighetsutøvelsen er ulovlig.

³¹¹ Se Lebeck, Carl «General Principles» i EFTA Court (red.), *EEA And the EFTA Court: Decentred Integration*, Hart Publishing 2014, s. 253–262, på s. 260 med henvisning til EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i Sak E-1/04 *Fokus Bank ASA v. The Norwegian State* [2004], avsnitt 41.

I hvilken grad ESA kan anses å være reelt og legitimt ansvarlig for vurderingene som vedtaket bygger på, får videre betydning for EFTA-domstolens adgang til å ivareta effektiv rettsbeskyttelse. EU-finanstilsynene er ikke underlagt EFTA-domstolens jurisdiksjon. Selv om EU-finanstilsynene fra et praktisk perspektiv ikke kan tvinge gjennom et vedtak mot finansmarkedsaktører i EØS/EFTA-statene mot ESAs vilje, er det fra finansmarkedsaktørens perspektiv uklart hvem som reelt står bak begrunnelser for potensielt sterke inngrep i aktørens rettsstilling. Når det da i realiteten er EU-finanstilsynene som har foretatt vurderingene, og disse ikke kan ansvarliggjøres av EFTA-domstolen, kan det spørres om ikke ESAs vedtak har blitt til på en måte som kan reise spørsmål ved lovligheten av vedtaket. En slik vurdering krever en nærmere analyse av krav til god forvaltning, som faller utenfor oppgavens rammer.

En effektiv måte å redusere behovet for å svare på spørsmålet, foreligger imidlertid dersom EU-finanstilsynenes utkast kan være gjenstand for en rettslig bindende overprøving. Med dette utgangspunktet, skal jeg i neste kapittel undersøke om det er grunnlag for at finansmarkedsaktører i Norge kan ha adgang til å klage EU-finanstilsynenes utkast inn for EU-finanstilsynenes klagenemd og EU-domstolen.

7 Adgang til EUs organer for kontroll med EU-finanstilsynenes utkast?

7.1 Innledning

Så langt har drøftelsene om ivaretagelse av effektiv rettsbeskyttelse under EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell tatt utgangspunkt i det institusjonelle rammeverket som tilknytningsmodellen etablerer: Det er ESA som fatter rettslig bindende vedtak og er gjenstand for legalitetskontroll, og EFTA-domstolen som gjennomfører legalitetskontrollen. Med et slikt utgangspunkt, er man i tråd med den to-pilarstrukturen som ble forespeilet av EØS-komiteen ved utformingen av tilknytningsmodellen. Som påpekt i de forrige kapitlene, kan det imidlertid reises spørsmål ved om dette vil ivareta effektiv rettsbeskyttelse i tilstrekkelig grad, i lys av fraværet av et eget administrativt klageorgan og i lys av utkastmodellen. Så lenge ESA og EFTA-domstolen kan ivareta finansinstitusjonenes rettigheter på en måte som samsvar med minimumskravene til effektiv rettsbeskyttelse, til tross for disse forholdene, er det i utgangspunktet ingenting å utsette på at det er ulike beslutningsprosedyrer og ulike rettsmidler mellom pilarene. Samtidig er det klart at utfordringene som EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell medfører vil bli effektivt eliminert, dersom finansinstitusjonene i EØS/EFTA-statene hadde hatt adgang til EU-finanstilsynenes klagenemnd og til EU-domstolen. Det vil da ikke foreligge noe avvik mellom pilarene med hensyn til hvordan effektiv rettsbeskyttelse ivaretas. Adgang til EUs kontrollorganer vil særlig kunne medføre en tydeligere ansvarliggjøring av det organet som i stor grad må antas å i realiteten stå for de sentrale vurderingene som begrunner at rettsvilkårene for å iverksette rettslig bindende inngrep mot finansinstitusjonene er oppfylt, og at det er nødvendig og hensiktsmessig å treffe et slikt vedtak.³¹² I tillegg vil adgang til EU-finanstilsynenes klagenemnd medføre at det ikke er noen forskjeller i måten samme typer vedtak kontrolleres på, mellom pilarene.

I lys av dette reiser jeg her spørsmål om finansinstitusjoner i Norge og de øvrige EØS/EFTA-statene kan ha adgang til de EU-organene som foretar etterfølgende kontroll med EU-finanstilsynene. I punkt 7.2 skal jeg undersøke om EU-finanstilsynenes Klagenemnd og EU-domstolen har den nødvendige kompetansen til å behandle en sak som er forelagt dem av en

³¹² Som nevnt i punkt 1.2.2 og 4.1, er utkastmodellen begrunnet i at EU-finanstilsynene har særskilt finansfagkyndig ekspertise.

finansmarkedsaktør i Norge eller en av de andre EØS/EFTA-statene, i lys av henholdsvis Opprettelsesforordningene artikkel 60 og TEUV artikkel 263.³¹³ En viktig presisering her er at det nødvendigvis er EU-finanstilsynenes utkast, og ikke ESAs vedtak, som eventuelt kan klages inn til Klagenemnden og EU-domstolen. Av ESA og EU-finanstilsynene, er det bare EU-finanstilsynene som er underlagt EU-domstolens og Klagenemndens jurisdiksjon.³¹⁴ En klage som omhandler ESAs vedtak, vil nødvendigvis bli avvist på dette grunnlaget alene. Hva angår *hvem* som kan klage inn EU-finanstilsynene, stiller imidlertid verken Opprettelsesforordningene artikkel 60 (1) eller TEUV artikkel 263 (4) krav om at klageren må ha *hjemsted* i en EU-medlemsstat. Det er aktivitet fra EUs organer, nærmere bestemt EU-finanstilsynene, som er gjenstand for kontroll i EU-domstolen og EU-finanstilsynenes Klagenemnd ifølge disse bestemmelsene. Spørsmålet er derfor om EU-rettslige regler åpner for at finansmarkedsaktører i Norge og de øvrige EØS/EFTA-statene kan få behandlet en klage på EU-finanstilsynenes utkast, uavhengig av ESAs vedtak.

I punkt 7.3 skal jeg skissere hvilken betydning to-pilarmodellen får for om adgang til EUs kontrollorganer kan styrke effektiv rettsbeskyttelse for finansmarkedsaktører i Norge og de øvrige EØS/EFTA-statene. Selv om finansmarkedsaktørene kan ha adgang til EUs kontrollorganer, vil ikke avgjørelser fra disse bidra til ivaretagelse av finansmarkedsaktørens rettsbeskyttelse hvis ikke ESA og EFTA-domstolen har plikt til å anerkjenne avgjørelsene som bindende.

7.2 Har EU-finanstilsynenes Klagenemnd og EU-domstolen kompetanse til å prøve EU-finanstilsynenes utkast?

Som påpekt i kapittel 5, vil det at finansmarkedsaktører i EØS/EFTA-statene har adgang til å få kontrollert EU-finanstilsynenes utkast i både EU-finanstilsynenes Klagenemnd og EU-domstolen redusere potensielle utfordringer som utkastmodellen og fraværet av en egen Klagenemnd medfører. Etter ordlyden i Opprettelsesforordningene artikkel 60 og TEUV artikkel 263, må EU-finanstilsynenes vedtak enten være direkte «rettet mot» en

³¹³ Se forordninger (EU) 1093/2010, (EU) 1094/2010 og (EU) 1095/2010 [Opprettelsesforordningene] artikkel 60.

³¹⁴ Se hhv. TEUV artikkel 263 (1) og forordninger (EU) 1093/2010, (EU) 1094/2010 og (EU) 1095/2010 [Opprettelsesforordningene] artikkel 60 (1).

finansmarkedsaktør, eller «berøre» vedkommende «umiddelbart og individuelt».³¹⁵ Etter en avgjørelse fra EU-domstolens underrett i 2015, har Klagenemnden gjennomgående lagt til grunn at det er den samme gruppen fysiske og juridiske personer som har adgang til Klagenemnden, som til EU-domstolen.³¹⁶ Dette medfører at det, på samme måte som for adgang til EU-domstolen, stilles krav om at den innklagede beslutningen fra et av EU-finanstilsynene kan karakteriseres som en «retsakt», for å bli behandlet av Klagenemnden.³¹⁷ Dette innebærer at det bare er beslutninger med rettslig bindende virkninger som kan klages inn, og kravet må være oppfylt uavhengig av om finansmarkedsaktøren ellers kan påvise at beslutningen oppfyller kravene til kvalifisert påvirkning, der beslutningen ikke er rettet mot vedkommende.³¹⁸

Med henvisning til EU-domstolens praksis, har EU-finanstilsynenes Klagenemnd i avgjørelsen *Creditreform v. EBA* lagt til grunn at et utkast fra EU-finanstilsynet for bankvirksomhet, EBA, til Kommisjonen om tekniske standarder ikke var å anse som en «retsakt».³¹⁹ Utkastet fra EBA til Kommisjonen var derfor ikke en beslutning som kunne klages inn av den private markedsaktøren Creditreform Rating AG (heretter Creditreform), uavhengig av om det hadde en kvalifisert påvirkning på Creditreforms rettsstilling:

«It follows that, in accordance with settled case law of the CJEU that the Board of Appeal must follow also in its interpretation of Article 60 of the ESAs Regulations, acts having a preparatory nature adopted by a European agency contributing to the formulation of subsequent binding acts of the Commission are not subject to an autonomous judicial review but are subject to review through a check of the legitimacy of the final act. This is also when the preparatory act, whilst not binding for the Commission, yet it has “decisive importance the purpose of the adoption of the decision by the Commission” ...».³²⁰

Som sitater viser, begrunnet Klagenemnden det at utkastet ikke kan prøves med at det måtte anses som en rent forberedende beslutning uten umiddelbare rettsvirkninger. Klagenemnden

³¹⁵ Se hhv. TEUV artikkel 263 (4) og Opprettelsesforordningene artikkel 60 (1).

³¹⁶ Se sak C-577/15 P, *SV Capital OÜ v European Banking Authority (EBA)*, *European Commission*, [2016] EU:C:2016:947, avsnitt 45; se videre Klagenemndens avgjørelse i BoA-D-2019-05, *Creditreform Rating AG v. The European Banking Authority (EBA)*, 13. september 2019 avsnitt 64.

³¹⁷ Jf. TEUV artikkel 263 (4), jf. (1).

³¹⁸ Se Klagenemndens uttalelser i BoA-D-2019-05, *Creditreform v. EBA*, avsnitt 64, med videre henvisninger.

³¹⁹ Se BoA-D-2019-05, *Creditreform v. EBA*, avsnitt 64. Utkastet om forslag til tekniske standarder var gjort i medhold av Opprettelsesforordningene artikkel 15.

³²⁰ Se BoA-D-2019-05, *Creditreform v. EBA*, avsnitt 64.

uttalte at utkastet i stedet kunne prøves som del av Kommisjonens påfølgende vedtak i henhold til EU-domstolens premisser fra *Artegodan*.³²¹

Det er nærliggende å anta at Klagenemnden også vil konkludere med at et utkast fra et av EU-finanstilsynene til ESA skal regnes som et forberedende dokument uten umiddelbare rettsvirkninger, og dermed ikke en «retsakt» som Klagenemnden kan kontrollere. En sentral forutsetning i EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell er at EU-finanstilsynenes utkast ikke skal ha bindende virkning for finansmarkedsaktørers rettsstilling. Dette ville krevd suverenitetsoverføring fra EØS/EFTA-statene, og tilknytningsmodellen til Det europeiske finanstilsynssystemet er utformet under forutsetning om to-pilarsystem, nettopp for å unngå dette.³²² I henhold til EU-domstolens uttalelser i *Artegodan*, som lagt til grunn av Klagenemnden, skal utkastene derfor i utgangspunktet kontrolleres som del av ESAs vedtak.³²³ En slik løsning vil medføre at utkastene ikke kan klages inn til EU-domstolen eller Klagenemnden, fordi det kun er ESA som vedtar en «retsakt», og ESA ikke er underlagt Klagenemndens jurisdiksjon. Siden Klagenemndens uttalelser er gitt med henvisning til EU-domstolens praksis, blir løsningen den samme for spørsmålet om adgang til EU-domstolen for kontroll med EU-finanstilsynenes utkast. Uansett er det etter min mening fortrinnsvis adgang til EU-finanstilsynenes klagenemnd som er av interesse for å øke rettsbeskyttelsen for finansmarkedsaktører i Norge og de øvrige EØS/EFTA-statene. I denne sammenhengen er EU-domstolens rolle å fungere som overprøvingsmyndighet for Klagenemndens avgjørelser.

Det kan imidlertid nevnes at EU-domstolen oppstiller et unntak fra utgangspunktet i *Artegodan* om at en forberedende beslutning skal kontrolleres sammen med det endelig bindende vedtaket det er tilknyttet. I sakene *Oleificio Borelli* og *Silvio Berlusconi*, gjør EU-domstolen unntak fra utgangspunktet om at det bare er det endelige, rettslig bindende vedtaket fra et EU-organ som kan utgjøre gyldig søksmålsgrunnlag for en privat aktør, etter EU-rettslige regler.³²⁴ Sakene handler om kompetansefordelingen mellom nasjonale domstoler og EU-domstolen, der et rettslig bindende vedtak fra Kommisjonen er betinget av saksforberedende avgjørelser fra

³²¹Se Forente saker T-74/00, T-76/00, T-83/00, T-85/00, T-132/00, T-137/00 og T-141/00, *Artegodan med flere mot Kommisjonen* [2002] EU:T:2002:283. *Artegodan* er omtalt i kapittel 6.3.2. Det sentrale premisset herfra, er at der det kompetente beslutningsorganets avgjørelse bygger på vurderinger som organet ikke var i stand til å foreta selv, og som fremgår av et forberedende dokument, blir disse vurderingene på selvstendig grunnlag gjenstand for legalitetsprøving, som del av vedtaket.

³²² Prop. 100 S (2015–2016) s. 14.

³²³ Se BoA-D-2019-05, *Creditreform v. EBA*, avsnitt 63 og 64.

³²⁴ Se sak C-97/91 *Oleificio Borelli v. Commission*, 3. desember 1992 EU:C:1992:249; se Sak C-219/17 *Silvio Berlusconi, Finanziaria d'investimento Fininvest SpA v. Banca d'Italia, Istituto per la Vigilanza Sulle Assicurazioni* [GC] 19. desember 2018 EU:C:2018:1023.

nasjonale myndigheter i en EU-medlemsstat. EU-domstolen legger her til grunn at dersom den saksforberedende avgjørelsen utgjør et *nødvendig ledd* i vedtakelsesprosedyren, og EU-organet som har endelig beslutningsmyndighet har *begrenset eller ingen skjønnsmessig adgang* til å treffe den endelige beslutningen, legger den nasjonale saksforberedende avgjørelsen bindende føringer for EU-organets avgjørelse.³²⁵ Med henvisning til prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse, uttaler EU-domstolen i *Silvio Berlusconi* at nasjonale domstoler i et slikt tilfelle har plikt til å innta et slikt søksmål til behandling selv om nasjonale prosessuelle regler ikke åpner for det

Ifølge EU-domstolen beror vurderingen av om den forberedende avgjørelsen legger bindende føringer for den endelige avgjørelsen på *kompetansefordelingen* mellom nasjonale myndigheter og EU-institusjonen.³²⁶ Dette forstår jeg som at kompetansefordelingen må fremgå av den eller de bestemmelser i relevante rettsakter som EU-kommisjonen bygger vedtaket på. For å bruke saken *Oleificio Borelli* som eksempel, var Kommisjonen her avskåret fra å innvilge en privat aktørs søknad om finansiering fra et EU-fond, dersom nasjonale myndigheter i aktørens hjemland avga en såkalt «unfavourable opinion».³²⁷ Med dette var det dermed ikke Kommisjonens valg som lå til grunn for avslaget på søknaden, men i stedet utelukkende vurderinger fra nasjonale myndigheter.³²⁸ EU-finanstilsynenes Klagenemnd viste i *Creditreform v. EBA* også til disse dommene i forbindelse om spørsmålet om hvilken adgang Klagenemnden hadde til å kontrollere EU-finanstilsynenes utkast til Kommisjonen.³²⁹ Klagenemnden anså ikke utkastet som å legge bindende føringer for Kommisjonens skjønn vedrørende om den skulle vedta den tekniske standarden eller ikke.

Det kan hevdes at det at ESA, ifølge ODA Protokoll 8 artikkel 3 (1), skal «basere» vedtaket sitt på utkast fra det relevante EU-finanstilsynet medfører en begrensning av ESAs skjønnsmessige adgang til å avgjøre om det skal vedtaket som utkastet forespeiler. Dersom utkastene, slik det indikeres i den norske vedtakelsesproposisjonen, innebærer vurderinger av de rettslige og faktiske forutsetningene som må være oppfylt for at ESA kan fatte vedtak, er det ikke tydelig hvilken skjønnsfrihet som gjenstår for ESA.³³⁰ Det kan spørres om ESA har de nødvendige

³²⁵ Se EU-domstolens uttalelser Sak C-219/17 [GC] *Silvio Berlusconi*, [2018] EU:C:2018:1023, avsnitt 45 med videre henvisning til sak C-97/91 *Oleificio Borelli v. Commission* [1992] 1992 EU:C:1992:249.

³²⁶ *Ibid.*

³²⁷ Se sak C-97/91 *Oleificio Borelli v. Commission* [1992] EU:C:1992:249, avsnitt 9 og 10.

³²⁸ *Ibid.*

³²⁹ Se BoA-D-2019-05, *Creditreform v. EBA*, avsnitt 66 og 67.

³³⁰ Se Prop. 100 S (2015–2016) s. 14; Se denne oppgaven punkt 4.2 og 6.4.

forutsetningene til å avgjøre om vurderinger i EU-finanstilsynenes utkast skal medføre et rettslig bindende vedtak eller ikke. Etter min mening vil dette påvirke om ESA har den grad av skjønnsmessig adgang for det endelige vedtaket som er nødvendig for å kunne si at utkastene ikke legger bindende føringer for ESAs vedtak.

I lys av de premissene EU-domstolen har oppstilt, er imidlertid ikke dette alene nok. EU-finanstilsynenes klagenemnd beskriver unntaksregelen som oppstilles i *Oleificio Borelli* og *Berlusconi* som snever.³³¹ Dette er jeg enig i, sett hen til at EU-domstolen legger avgjørende vekt på at det aktuelle hjemmelsgrunnlaget tydelig forutsetter at den saksforberedende avgjørelsen er et nødvendig steg som begrenser Kommisjonens skjønnsmessige handlingsrom for den endelige avgjørelsen. Inntrykket av at det er en snever unntaksregel understøttes av at Kommisjonens skjønn også begrenses i tilfeller som omfattes av løsningen i *Artegodan*-saken. I *Artegodan* hadde Kommisjonen plikt til å innhente en medisinskfaglig spesialistrapport fra EU-byrået CPMP for å kunne treffe en bindende beslutning. Kommisjonens plikt til å innhente rapporten var nettopp begrunnet i at dette var vurderinger som var nødvendige for den bindende beslutningen, men som Kommisjonen ikke kunne foreta selv. En slik begrensning av Kommisjonens skjønn, for vurderinger til grunn for vedtaket, er altså ikke nok. Tilsynelatende er det avgjørende at den forberedende beslutningen påvirker mulighetene for å velge om det skal treffes en endelig beslutning eller ikke. Skjønn vedrørende om det skal treffes et vedtak eller ikke, har en annen karakter enn skjønn vedrørende fagkyndige vurderinger som ligger til grunn for vedtaket. Ifølge ODA Protokoll 8 artikkel 3 (2) skal ESA treffe sine beslutninger i «full uavhengighet», selv om beslutningene bygger på utkast. Dette tilsier etter min mening at kompetansefordelingen i hjemmelsgrunnlaget til ESA ikke har tydelige nok likhetstrekk med situasjonene i *Oleificio Borelli* og *Silvio Berlusconi* til å begrunne at Klagenemnden skal kontrollere de utkast som ESAs vedtak bygger på. Den forberedende beslutningen i EU-finanstilsynenes utkast legger ikke tilstrekkelig tydelige rettslige føringer for hvorvidt den endelige beslutningen kan fattes eller ikke. Konsekvensen blir da, i lys av EU-domstolens praksis, at utkastene i stedet skal kontrolleres som del av ESAs rettslig bindende vedtak, i EFTA-domstolen.

Jeg vil likevel trekke frem at EU-domstolens begrunnelse for å i det hele tatt uttale at den forberedende beslutningen skulle kunne kontrolleres på nasjonalt nivå, var at dette var

³³¹ Se BoA-D-2019-05 *Creditreform v. EBA*, avsnitt 67.

nødvendig for ivaretagelse av effektiv rettsbeskyttelse.³³² Dersom det er nødvendig å tydeliggjøre EU-finanstilsynenes ansvar, eller nødvendig med en administrativ kontroll av vurderinger fra et EU-byrå i en egen klagenemnd for å ivareta tilstrekkelig effektiv rettsbeskyttelse, vil dette utgjøre nye grunner for å kontrollere en forberedende beslutning isolert fra den endelige bindende beslutningen fra ESA. Dette er særlig aktuelt dersom EFTA-domstolens kontroll med ESAs vedtak ikke ivaretar dette behovet i tilstrekkelig grad. I en slik situasjon er det vanskelig å identifisere grunner for at EU-finanstilsynenes klagenemnd eller EU-domstolen skulle avstå fra å foreta en kontroll av om et EU-forvaltningsorgan har overholdt sine EU-rettslige forpliktelser. Prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse skal nettopp sikre lik ivaretagelse av privates rettigheter, på tvers av geografiske landegrenser.

Samtidig, kan det uansett stilles spørsmål ved om det er tilstrekkelig at EUs kontrollorganer har kompetanse til å kontrollere EU-finanstilsynenes utkast i medhold av EU-rettslige regler for at rettsbeskyttelsen skal bli tilstrekkelig effektiv for finansmarkedsaktører i EØS/EFTA-statene. EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell forutsetter et to-pilarsystem, og dette gjelder også for den etterfølgende kontrollen. Dette skal kommenteres nærmere i punkt 7.3.

7.3 To-pilarmodellens betydning

Som vist i 7.2 har EU-domstolen i avgjørelsene *Oleificio Borelli* og *Silvio Berlusconi* utviklet et premiss om at en forberedende beslutning kan kontrolleres isolert fra en endelig beslutning, dersom det er nødvendig for ivaretagelse av effektiv rettsbeskyttelse. Som påpekt i punkt 7.2 er ikke oppgavefordelingen mellom ESA og EU-finanstilsynene lagt opp på en måte som gjør at løsningen i *Oleificio Borelli* og *Silvio Berlusconi* kan overføres direkte til inntekt for at finansmarkedsaktører i EØS/EFTA-statene skal ha adgang til EUs kontrollorganer. Løsningen i *Oleificio Borelli* og *Silvio Berlusconi* illustrerer imidlertid at det konkrete behovet for effektiv rettsbeskyttelse kan begrunne andre former for sikring av rettsvern enn det som det legges opp til i prosessuelle bestemmelser. Som påpekt i punkt 7.1 vil en adgang til EUs klageorganer vil kunne avhjelpe de utfordringene som EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell medfører for ivaretagelse av effektiv rettsbeskyttelse. I punkt 7.3 skal jeg skissere hvilken betydning to-pilarmodellen har for en slik løsning.

³³² Sak C-219/17 [GC] *Silvio Berlusconi*, [2018] EU:C:2018:1023, avsnitt 44 og 46.

Innledningsvis vil jeg påpeke at det med rette kan reises en rekke innvendinger mot at finansmarkedsaktører i EØS/EFTA-statene kan ha adgang til EUs kontrollorganer. Det ville i det hele tatt blitt uklart hvordan ansvarsfordelingen mellom EU-finanstilsynenes klagenemnd og EU-domstolen på den ene siden, og EFTA-domstolen på den andre siden skulle være: Skulle utkastene blitt kontrollert før ESAs vedtak? Eller skulle utkastet og vedtaket blitt kontrollert samtidig, med risiko for at utkastet underkjennes i Klagenemnden, mens ESAs vedtak opprettholdes? Disse spørsmålene oppstår fordi en slik løsning utfordrer hele to-pilarsystemet som EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell bygger på, og i det hele tatt mangler regulering etter gjeldende rett.

Nettopp fraværet av regulering medfører at de overnevnte innvendingene ikke gjør seg gjeldende, *de lege lata*. ODA inneholder ingen bestemmelser som åpner for at en avgjørelse fra EUs organer legger rettslig bindende føringer for ESA eller EFTA-domstolens myndighet. Selv om en finansmarkedsaktør i Norge skulle få overprøvd EU-finanstilsynets utkast i Klagenemnden, kan ikke finansmarkedsaktøren påberope seg denne avgjørelsen som bindende overfor ESA eller EFTA-domstolen. Det er opp til EFTA-domstolen å avgjøre om ESAs vedtak er gyldig eller ikke. Derfor vil det heller ikke bidra til ivaretagelse av effektiv rettsbeskyttelse å få kontrollert EU-finanstilsynenes utkast i Klagenemnden etter gjeldende rett. Selv om EFTA-domstolen skulle gå langt i å vektlegge en avgjørelse fra Klagenemnden om EU-finanstilsynenes utkast som eventuelt forelå, har EFTA-domstolen plikt til å behandle saken objektivt og uavhengig. EFTA-domstolen har ikke mandat til å opprettholde eller overprøve en avgjørelse fra EU-finanstilsynenes klagenemnd og kan ikke tillegge Klagenemndens avgjørelse mer vekt enn som et ikke-bindende rettskildebidrag. Noe annet ville medføre at EFTA-domstolen overskrider det mandatet som EØS/EFTA-statene har tilkjent den i ODA.

Det er altså nødvendig å endre ODA for at Klagenemnden skal kunne bidra til ivaretagelse av effektiv rettsbeskyttelse for finansmarkedsaktører i EØS/EFTA-statene ved kontroll av EU-finanstilsynenes utkast. Uten at en avgjørelse fra Klagenemnden kan påberopes som bindende, gir den ikke noe håndfast bidrag til den etterfølgende kontrollen. Sett hen til at Klagenemnden bidrar til å styrke effektiv rettsbeskyttelse i EU-pilaren, mener jeg *de lege ferenda* at finansmarkedsaktører i EØS/EFTA-statene burde få adgang til et slikt rettsmiddel. Dersom det er aktuelt å opprette et eget klageorgan i EFTA-pilaren, krever dette kun en endring av ODA av EFTA-statenes faste komite. En slik løsning rokker ikke ved to-pilarsystemet som EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell forutsetter, og vil videre øke likheten mellom de

institusjonelle rammeverkene i EFTA-pilaren på den ene siden og EU-pilaren på den andre. Under utformingen av EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell, ble det imidlertid konkludert med at det var «verken hensiktsmessig eller ressursøkonomisk å opprette en egen klageinstans» for EFTA-pilaren, ifølge det norske Utenriksdepartementet.³³³ Videre er hele to-pilarmodellen begrunnet i at det – i alle fall for Norges del – ble ansett som i strid med konstitusjonelle grenser å overføre direkte bindende myndighet til EU-finanstilsynene, som så ville medført etterfølgende kontroll i EUs organer.³³⁴

Det kan spørres om et tredje alternativ kan være at Klagenemnden også kontrollerer ESAs vedtak, med enten EFTA-domstolen eller EU-domstolen som overprøvingsinstans. Fordelen er at rettsbeskyttelsesnivået mellom pilarene vil bli likere, samtidig som det tas i bruk etablerte strukturer, og ikke krever at EØS/EFTA-statene oppretter noe nytt organ. To-pilarsystemet er utformet på bakgrunn av forhandlinger i EØS-komiteen under utformingen av EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell.³³⁵ En endring av tilknytningsmodellen som foreslått her i punkt 7.3 forutsetter derfor at EFTA-pilaren på den ene siden og EU-pilaren på den andre kan komme til enighet og vedta en slik løsning som del av EØS-avtalen. Som påpekt i punkt 3.4 er det ikke utelukket at EØS-komiteen kan endre tilknytningsmodellen, innenfor rammene av sin kompetanse i EØS-avtalen. Dette forutsetter imidlertid at det ikke strider med EØS/EFTA-statenes konstitusjonelle grenser at EU-finanstilsynenes klagenemnd foretar en administrativ kontroll av ESAs vedtak. Med EFTA-domstolen som overprøvingsinstans, forblir den endelige avgjørelsen om finansmarkedsaktørens rettsstilling i EFTA-pilaren. Det kan spørres om dette vil avhjelpe konstitusjonelle utfordringer.

Hvis EFTA-domstolen skal være overprøvingsinstans for EU-finanstilsynenes klagenemnd, kreves det imidlertid videre at det ikke er i strid med EUs primærrett å gi EFTA-domstolen jurisdiksjon til å overprøve Klagenemndens avgjørelser i disse sakene. I tillegg må EU i det hele tatt samtykke til løsningen, uavhengig av de konstitusjonelle grensene. EØS-komiteens vedtak bygger på enighet, og verken EU-siden eller EØS/EFTA-siden har rettslig plikt til å stemme for et forslag fra den andre. Dersom EU ikke vil gå med på at EFTA-domstolen får jurisdiksjon til å overprøve EU-finanstilsynenes klagenemnd, kan det spørres om det er mulig, innenfor EØS/EFTA-statenes konstitusjonelle grenser, å overføre en begrenset,

³³³ Se Prop. 100 S (2015-2016) s. 15.

³³⁴ Se Prop. 100 S (2015.2015) kapittel 10, særlig punkt 10.2, 10.3 og 10.4. Her fremgår begrunnelsen for at EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell ble vedtatt som norsk lov i henhold til Grunnloven § 115 som bare tillater myndighetsoverføring til «en internasjonal tilslutning som Norge er tilsluttet eller slutter seg til».

³³⁵ Se kapittel 1, særlig punkt 1.1 og 1.2.2.

sektorspesifisert overprøvingsmyndighet til EU-domstolen og til EU-finanstilsynenes klagenemnd for kontroll med ESAs vedtak.

Det faller utenfor oppgavens rammer å drøfte disse spørsmålene om konstitusjonelle grenser nærmere. Etter min mening vil imidlertid adgang til et klageorgan tilsvarende EU-finanstilsynenes klagenemnd bidra til å heve rettsbeskyttelsesnivået i EFTA-pilaren på linje med i EU-pilaren. Dersom klagenemnden i tillegg både har jurisdiksjon over ESA og EU-finanstilsynene, vil det også sikre en kollektiv ansvarliggjøring av både saksforberedelsen og det endelige vedtaket som treffes.

8 Konklusjon og avsluttende refleksjoner

I denne oppgaven har jeg undersøkt om finansmarkedsaktører har effektiv rettsbeskyttelse under EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell til Det europeiske finanstilsynssystemet. Oppgavens analyser har tatt utgangspunkt i to særtrekk som utformingen av EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell innebærer, ved overnasjonale rettslig bindende vedtak fra ESA direkte mot finansmarkedsaktører. Det første særtrekket er at finansmarkedsaktører i Norge og de øvrige EØS/EFTA-statene ikke har adgang til en egen klagenemnd. I lys av dette har jeg i kapittel 5 reist spørsmål ved om EFTA-domstolens kontroll med finansfaglige vurderinger, under forutsetning om at ESA tilkjennes en skjønnsmargin, er forenelig med minimumskravene til en effektiv kontroll av et administrativt vedtak. Det andre særtrekket er at ESAs vedtak skal treffes på bakgrunn av utkast fra et av de tre EU-finanstilsynene. I kapittel 6 har jeg reist spørsmål ved om utkastene har en så sentral betydning for ESAs vedtak, at finansmarkedsaktørene skal ha adgang til å gjøre seg kjent med, og få uttale seg om utkastets innhold.

Som påpekt i kapittel 3, kreves det en helhetlig og tilstrekkelig ivaretagelse av krav til en rettferdig rettergang. Analysene i kapittel 5, og i kapittel 6, viser at det finnes løsninger som kan bidra til å ivareta minimumskrav til en domstolkontroll og til kontradiksjon under EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell. Det strider ikke mot en rettferdig rettergang å tilkjenne utøvende myndigheter en skjønnsmargin for finansfaglige vurderinger etter EMK, forutsatt at legalitetskontrollen tilpasses det konkrete behovet for ivaretagelse av effektiv rettsbeskyttelse i en enkelt sak. Analysene viser at EFTA-domstolen har kompetanse til å avpasse legalitetskontrollen i lys av det konkrete behovet for effektiv rettsbeskyttelse. Videre, som påpekt i kapittel 6, utgjør utkastene etter min mening et så sentralt grunnlag for ESAs vedtak at de skal gjøres tilgjengelige for finansmarkedsaktørene og være gjenstand for kontroll som del av ESAs vedtak, dersom vurderinger til grunn for vedtaket i realiteten fremgår av utkastet. Reglene om ESAs begrunnelses- og bevisføringsplikt er vide nok til å åpne for en slik løsning. I lys av dette er min konklusjon at finansmarkedsaktører har det nødvendige minimumsnivået av effektiv rettsbeskyttelse under EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell.

Samtidig mener jeg det er nødvendig å diskutere nærmere om rettsbeskyttelsen for finansmarkedsaktører under EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell som etableres i lys av ODAs bestemmelser burde være bedre. Finansmarkedsaktørene i EU-medlemsstatene og

EØS/EFTA-statene er gjenstand for samme typer vedtak, basert på vurderinger fra EU-finanstilsynene. Rettsbeskyttelsen er imidlertid bedre i EU-pilaren enn i EFTA-pilaren, etter min mening. Løsningene som skisseres i kapittel 5 og 6 medfører derfor ikke at beskyttelsesnivået blir likt for finansmarkedsaktører i EØS/EFTA-statene på den ene siden, og for finansmarkedsaktører i EU-medlemsstatene på den andre siden. Gjennom EU-finanstilsynenes klagenemnd får finansmarkedsaktører i EU-pilaren adgang til en administrativ kontroll med EU-finanstilsynenes vedtak i et fagkyndig spesialistorgan, som ikke er prinsipielt avskåret fra å overprøve finansfaglige vurderinger som vedtaket bygger på.³³⁶ Dette vil bidra til å øke beskyttelsesnivået ved etterfølgende kontroll med EU-finanstilsynenes vedtak. I EU-pilaren er det heller ikke slik at saksforberedelsene er fordelt mellom to organer i ulike jurisdiksjonsområder i forbindelse med EU-finanstilsynenes rettslig bindende vedtak. Det er EU-finanstilsynene som både gjør vurderingene, og treffer det endelige vedtaket. I EU-pilaren oppstår derfor ikke spørsmål om fare for ansvarspulverisering, slik som ved utkastmodellen som ligger til grunn for ESAs vedtakskompetanse. I lys av oppgavefordelingen mellom ESA og EU-finanstilsynene under EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell, og EU-finanstilsynenes finansfaglige ekspertise, kan det spørres om hva som egentlig ligger i det at ESA treffer vedtak i full uavhengighet, slik ODA Protokoll 8 artikkel 3 (2) oppgir. Det kan spørres om kravet til god forvaltningsskikk som EFTA-domstolen har oppstilt på bakgrunn av EU-domstolens praksis stiller krav til at beslutningsprosessen blir mer gjennomiktig, om det stilles krav om en mer direkte kontroll og om det har betydning at EU-finanstilsynene befinner seg i et annet jurisdiksjonsområde.³³⁷ Effektiv rettsbeskyttelse forutsetter at ESAs vedtak er i tråd med krav til god forvaltning.

Spørsmålet om hvordan privates rett til effektiv rettsbeskyttelse skal eller burde ivaretas har ikke bare betydning for utformingen av EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell til Det europeiske finanstilsynssystemet. Det er også relevant for utformingen av fremtidige tilknytningsmodeller, dersom disse innebærer å tilpasse EØS-avtalens bestemmelser til rettslig bindende myndighetsutøvelse fra EU-byråer mot private aktører. Som påpekt i kapittel 1.2 er EU-byråer spesialiserte organer, som representerer en pågående utvikling av EUs forvaltningsapparat. Ved å opprette administrative klageorganer i tilknytning til EU-byråer har EU etablert mekanismer som ivaretar privates rettigheter, samtidig som EUs forvaltningssystem blir mer spesialisert. I tråd med utviklingen av forvaltningssystemet i EU, mener jeg det er

³³⁶ Se punkt 5.2, 5.3.2 og 5.3.3.

³³⁷ Se punkt 6.4.

nødvendig å løfte frem spørsmålet hvordan overnasjonal forvaltningsmyndighet på spesialiserte fagområder skal og burde utøves i EFTA-pilaren i tilknytning til dette, dersom private rettssubjekter her blir gjenstand for samme type myndighetsutøvelse som tilsvarende utøves av EU-byråer i EU-pilaren. Det vil være hensiktsmessig å utvikle en standardisert modell for å knytte EØS/EFTA-statene til EU-byråer. En standardisert tilknytningsmodell vil ikke bare bidra til å klargjøre hvordan EØS/EFTA-statene og deres rettssubjekter skal forholde seg til EU-byråer, men også gi mulighet til en mer systematisk kartlegging av hvordan privates rettsbeskyttelse ivaretas over tid, med mulighet til å utvikle dette. Det er en klar fordel at det som hovedregel er nasjonale myndigheter som har ansvar for å håndheve EØS-regelverket overfor private aktører, slik som under tilknytningsmodellen til Det europeiske finanstilsynssystemet. Innenfor det nasjonale institusjonelle rammeverket har forvaltningsapparatet blitt utviklet gjennom lang tid, i et helhetlig rettssystem. Markedsaktørene er imidlertid like avhengige av et tydelig og godt institusjonelt rammeverk for ivaretagelse av rettsbeskyttelse selv om overnasjonale vedtak bare unntaksvis skulle være aktuelt. Behovet for en tydelig og begrunnet regulering av prosessuelle rettigheter er like sterkt ved vedtak fra overnasjonale myndigheter, som fra nasjonale.

Litteratur

- Arnesen, Finn og Halvard Haukeland Fredriksen, «Part III: The Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice: Contracting Parties» i Arnesen, Finn, Halvard Haukeland Fredriksen, Hans Petter Graver, Ola Mestad og Christoph Vedder (red.), *Agreement on the European Economic Area: A Commentary*, Nomos Verlagsgesellschaft, Verlag C.H. Beck, Hart Publishing, Universitetsforlaget 2018, s. 973-975
- Barlund, Ingrid M. H., *A Legal Analysis in the Interaction of Public and Private Cartel Enforcement within EU Competition Law*, Thesis for the Degree Philosophiae Doctor (PhD), University of Bergen, Norway 2019
- Baudenbacher, Carl, «The EFTA Court: Structure and Tasks» i Baudenbacher, Carl (red.), *The Handbook of EEA Law*, Springer 2016, s. 139–178
- Broncker, Marco og Anne Vallery «EU Competition Law After The Menarini Case: Business as usual after *Menarini*?» i *Mlex Magazine* (2012) vol. 3, No.1, s 44–47, tilgjengelig fra <https://papers.ssrn.com/abstract=1991931>
- Busuioc, E. Madalina, *European Agencies – Law and Practices of Accountability*, Oxford University Press 2013
- Chirulli, Paola og Luca De Lucia, «Specialised adjudication in EU administrative law: the Boards of Appeal of EU agencies», *European Law Review*, (2015) vol. 40 nr. 6, s. 832–857
- Christiansen, Per «Article 36: Action for annulment» i Arnesen, Finn, Halvard Haukeland Fredriksen, Hans Petter Graver, Ola Mestad og Christoph Vedder (red.), *Agreement on the European Economic Area: A Commentary*, Nomos Verlagsgesellschaft, Verlag C.H. Beck, Hart Publishing, Universitetsforlaget 2018, s. 1041–1046
- Council of Europe og European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights: Right to a fair trial (civil limb)* oppdatert 31. August 2019, tilgjengelig fra <https://echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis/guides&c=#> [sist besøkt 2. juli 2020]
- Craig, Paul, *EU Administrative Law*, 3. utg. Oxford University Press 2019
- Craig, Paul og Gráinne De Burca *EU Law: Text, Cases and Materials*, 6. utg. Oxford Publishing 2015
- Cyndecka, Małgorzata *The Market Economy Investor Test in EU State Aid Law*, Kluwer Law International B.V. 2016
- De La Serre, Eric de Barbier, «Standard of proof in competition law cases: Posten Norge and Beyond» i the EFTA Court (red.), *The EEA and the EFTA Court: Decentred Integration*, Hart Publishing 2014, s. 417–433

- de Moor-van Vugt, Adrienne «Administrative Sanctions in EU Law», *Review of European Administrative Law*, (2012) vol. 5, nr. 1, s. 1–46, DOI: <https://doi.org/10.2139/ssrn.1992922> [sist besøkt 11.07.2020]
- Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 3. utg. Fagbokforlaget 2018
- Fredriksen, Halvard Haukeland, og Franklin, Christian N.K «Of Pragmatism and Principles: The EEA Agreement 20 Years On», *Common Market Law Review*, (2015) vol. 52 s. 629–684
- Frese, Michael J. *Sanctions in EU Competition Law: Principles and practice*, Hart Publishing 2014
- Graver, Hans Petter, *Alminnelig forvaltningsrett*, 5. utgave, Universitetsforlaget 2019
- Hertzberg, Ingrid og Tarjei Bekkedal, «Suverenitet og homogenitet. Om Norges tilslutning til EUs finansbyråer (I)» *Lov og rett* (2018) vol. 57, nr. 3, s. 131–157
- Hertzberg, Ingrid, «Om Norges tilknytning til EUs finansbyråer», Stortingets Utredningsseksjon, *Perspektiv* 03/17, 2017
- Hofman, Herwig C.H., Gerard C. Rowe og Alexander H. Türk, *Administrative law and policy of the European Union*, Oxford University Press 2011
- Lamandini, Marco og David Ramos Muños «Law and practice of financial appeal bodies (ESAs' Board of Appeal, SRB Appeal Panel): A view from the inside», *Common Market Law Review*, (2020) vol. 57, 119–160
- Lebeck, Carl «General Principles» i EFTA Court (red.), *EEA And the EFTA Court: Decentred Integration*, Hart Publishing 2014, s. 253–262
- Lenaerts, Koen, Ignace Maselis og Kathleen Gutman, *EU Procedural Law*, Oxford University Press 2014
- Navin-Jones, Marcus «A Legal Review of EU Boards of Appeal in Particular the European Chemicals Agency Board of Appeal», *European Public Law*, (2015) vol. 21 no. 1, s. 143–168
- Peczenick, Aleksaner «A Theory of Legal Doctrine» *Ratio Juris*, (2001) Vol. 14, s. 75–105, DOI: <https://doi.org/10.1111/1467-9337.00173>
- Poulsen, Thomas Chr., «Article 49 [Amendments to the SCA]» i Arnesen, Finn, Halvard Haukeland Fredriksen, Hans Petter Graver, Ola Mestad og Christoph Vedder (red.), *Agreement on the European Economic Area: A Commentary*, Nomos Verlagsgesellschaft, Verlag C.H. Beck, Hart Publishing, Universitetsforlaget 2018, s. 1075
- Prechal, Sacha, ”The Court of Justice and Effective Judicial Protection: What has the Charter changed?” i Christophe Paulussen, Tamara Takacs, Vesna Lazić, Ben Van Rompuy (red.), *Fundamental Rights in International and European Law*, Springer 2016, s. 143–157, DOI: https://doi.org/10.1007/978-94-6265-088-6_7

- Schabas, William A. *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford University Press 2015
- Schweitzer, Heike, «Judicial Review in EU Competition Law» () kapittel i Damien Geradin & Ioannis Lianos (eds.), *Research Handbook on EU Antitrust Law*, Edward Elgar Publishing, Forthcoming 2013, (nettbasert versjon av 14. august 2012, før bokens publisering) hentet fra https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2129147
- Settem, Ola Johan *The balance between procedural safeguards and efficiency. An analysis of the application of the «fair hearing» norm in ECHR Article 6 (1) to civil proceedings*, Dissertation for the degree of philosophiae doctor (PhD), University of Bergen, Norway 2015
- Wennerås, Pål, «Article 6 [Homogeneity]» i Arnesen, Finn, Halvard Haukeland Fredriksen, Hans Petter Graver, Ola Mestad og Christoph Vedder (red.), *Agreement on the European Economic Area: A Commentary*, Nomos Verlagsgesellschaft, Verlag C.H. Beck, Hart Publishing, Universitetsforlaget 2018, s. 209–248
- Zrvandyan, Arman, Council of Europe *Casebook on European fair trial standards in administrative justice*, Folke Bernadotte Academy, Council of Europe, 2016, s. 28 tilgjengelig fra <https://rm.coe.int/16807001c6>

Kilderegister

Traktater og konvensjoner

Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. November 1950. [Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen/EMK]

Agreement on the European Economic Area/Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde [EØS-avtalen], av 2. mai 1992, (i kraft. 1. januar 1994)

Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol [ODA], av 2. mai 1992 (i kraft. 1. januar 1994).

Konsolidert utgave av Traktat om Den Europæiske Union [TEU], EUT C 202/1, 7. juni 2016.

Konsolidert utgave av Traktat om Den Europæiske Unions Funktionsområde [TEUV], EFT C 202, 7. juni 2016.

Konsolidert utgave av Den Europæiske Unions charter om grunnleggende rettigheter [Charteret], EFT C 202, 7. juni 2016

Forordninger

Europaparlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 1092/2010 av 24. november 2010 «om makrotilsyn på EU-plan med det finansielle system og om opprettelse af et europæisk udvalg for systemiske risici» [ESRB], EUT L 331/1

Europaparlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 1093/2010 av 24. november 2010 «om opprettelse af en europæisk tilsynsmyndighed (Den europeiske banktilsynsmyndighed)» [EBA], EUT L 331/12

Europaparlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 1094/2010 av 24. november 2010 «om opprettelse af en europæisk tilsynsmyndighed (Den Europæiske Tilsynsmyndighed for Forsikrings- og Arbejdsmarkedspensionsordninger)» [EIOPA], EUT L 331/48

Europaparlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 1095/2010 av 24. november 2010 «om opprettelse af en europæisk tilsynsmyndighed (Den Europæiske Verdipapir- og Markedstilsynsmyndighed)» [ESMA], EUT L 331/84

Europaparlamentet og Rådets forordning (EU) nr. 513/2011 av 11. mai 2011 «om ændring af forordning (EC) nr. 1060/2009 om kreditvurderingsbureauer» [CRA II], EUT L 145/30

Europaparlamentets og Rådets forordning (EU) 2019/2175 av 18. desember 2019 «om ændring af forordning (EU) nr. 1093/2010 om opprettelse af en europæisk tilsynsmyndighed (Den Europæiske Banktilsynsmyndighed), forordning (EU) nr. 1094/2010 om opprettelse af en europæisk tilsynsmyndighed (Den Europæiske Tilsynsmyndighed for Forsikrings- og Arbejdsmarkedspensionsordninger), forordning (EU) nr. 1095/2010 om opprettelse af en europæisk tilsynsmyndighed (Den Europæiske

Værdipapir- og Markedstilsynsmyndighed), forordning (EU) nr. 600/2014 om markeder for finansielle instrumenter, forordning (EU) 2016/1011 om indeks, der bruges som benchmarks i finansielle instrumenter og finansielle kontrakter eller med henblik på at måle investeringsfondes økonomiske resultater, og forordning (EU) 2015/847 om oplysninger, der skal medsendes ved pengeoverførsler» EUT L 334/1

Direktiver

Europaparlamentets og Rådets Direktiv 2009/138/EF av 25. november 2009 «om adgang til og udøvelse af forsikrings- og genforsikringsvirksomhed (Solvens II)», EUT L 335/1

Europaparlamentets og Rådets Direktiv 2013/36/EU av 26. juni 2013, «om adgang til at udøve virksomhed som kreditinstitut og om tilsyn med kreditinstitutter og investeringselskaber» [CRD], EUT L 176/338

Avgjørelser fra domstolene

Rettsavgjørelser fra EFTA-domstolen

E-1/94 *Ravintoloitsjain Liiton Kustannus Oy Restamark* 16. desember 1994

E-2/94 *Scottish Salmon Growes Limited v. EFTA Surveillance Authority*, 21. mars 1995

E-6/01 *CIBA mot den norske stat ved arbeids- og administrasjonsdepartementet*, 9. oktober 2002 [kortform: Sak E-6/01 *CIBA*]

E-2/02 *Technologien Bau- und Wirtschaftsberatung GmbH og Bellona v. ESA*, 19. juni 2003 [kortform: Sak E-2/02 *Bellona*]

E-1/04 *Fokus Bank ASA v. The Norwegian State* 23. november 2004

Forente saker E-4/10, E-6/10 og E-7/10. *Principality of Liechtenstein, Reassur Aktiengesellschaft and Swisscom RE Aktiengesellschaft v. ESA*, 10. mai 2011 [kortform: Forente saker E-4/10, E-6/10 og E-7/10 *Swisscom et.al. v. ESA*]

E-13/10 *Aleris Ungplan v. EFTA Surveillance Authority*, 31. januar 2011

E-15/10 *Posten Norge v. ESA*, 18. april 2012

E-14/11 *DB Schenker v. ESA*, 21. desember 2012 [kortform: Sak E-14/11, *Schenker I*].

E-11/12 *Koch et. al. V. Swisslife*, 13. juni 2013

E-9/12 *Iceland v. EFTA Surveillance Authority*, 22. juli 2013, EFTA ct. Rep. 2013 book 1 S. 457–491 [kortform: sak E-9/12, *Iceland v. EFTA Surveillance Authority*]

E-5/13 *DB Schenker v. ESA* 7. juli 2014 [kortform: sak E-5/13 *Schenker V*]

Rettsavgjørelser fra EU-domstolen

C-9/56 *Meroni mod den høje myndighed*, 13. juni 1958, EU:C:1958:7

Forente saker 100 til 103/80 *SA Musique Diffusion française and others v Commission of the European Union*, 7. juni 1983, EU:C:1983:158.

C-42/84 *Remia*, 11. juli 1985, EU:C:1985:327

C-222/84 *Johnston*, 15. mai 1986, EU:C:1986:206.

C-222/86 *Heylens*, 15. oktober 1987, EU:C:1987:442

C-70/88 *Parliament v. Council*, 22. Mai 1990, EU:C:1990:217

C-97/91 *Oleificio Borelli v. Commission*, 3. desember 1992 EU:C:1992:249

C-119/97 P *Ufex and Others v. Commission* 4. mars 1999, EU:C:1999:116

Forente saker C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P and C-219/00 *Aalborg Portland and Others v Commission*, 7. januar 2004, EU:C:2004:6

C-39/03 P *Artogodan and Others v. Commission*, 24. juli 2003 EU:C:2003:418

C-107/03 P *Procter & Gamble v. OHIM*, 23. september 2004, EU:C:2004:554

C-12/03 P *Commission v. Tetra Laval*, 15. februar 2005, EU:C:2005:87

C-432/05 *Unibet v. Justitiekanslern*, 13. mars 2007, EU:C:2007:163

C-525/04 P *Spain v. Lenzing*, 22. november 2007, EU:C:2007:698

C-133/06 *Parliament v. Council*, 6. mai 2008, EU:C:2008:257

C-280/08 P *Deutsche Telekom AG v. Commission*, 14. Oktober 2010, EU:C:2010:603

C-441/07 P *Alrosa v. Commission*, 29. juni 2010, EU:C:2010:377

C-272/09 P *KME Germany and Others v Commission*, 8. desember 2011, EU:C:2011:810

C-389/10 P, *KME and Others v. Commission*, 8. Desember 2011, EU:C:2011:816

C-300/11 *ZZ v. Secretary of State of the Home Department*, 4. Juni 2013, EU:C:2013:363

C-270/12, *ESMA v. United Kingdom and Northern Ireland*, 22. januar 2014, EU:C:2014:18

C-345/13 *Karen Millen Fashions*, 19. juni 2014, EU:C:2014:2013

C-577/15 P *SV Capital OÜ v European Banking Authority (EBA), European Commission*, 14. desember 2016, EU:C:2016:947

C-219/17 *Silvio Berlusconi, Finanziaria d'investimento Fininvest SpA v. Banca d'Italia, Istituto per la Vigilanza Sulle Assicurazioni*, 19. desember 2018, EU:C:2018:1023

Innstillinger fra EU-domstolens Generaladvokater

Innstilling fra Generaladvokat Sharpston i sak C-272/09, *KME Germany and Others v. Commission*, 10. februar 2011, EU:C:2011:63

Innstilling fra Generaladvokat Kokott i sak C-441/07 P *Alrosa Company Ltd. mod Kommisjonen*, 17. september 2009 EU:C:2009:555

Dommer fra Underretten i EU-domstolen

T-273/02 *Krüger GmbH & Co. KG v. European Union Intellectual Property Office*, 20. april 2005, EU:T:2005:134.

Forente saker T-74/00, T-76/00, T-83/00, T-85/00, T-132/00, T-137/00 og T-141/00, *Artogodan med flere mod Kommisjonen* 26. november 2002 EU:T:2002:283

T-63/01 *Procter & Gamble*, 12. desember 2002, EU:T:2002:317

T-660/14 *SV Capital OÜ v. European Banking Authority*, 9. september 2015, EU:T:2015:608

Dommer fra Den Europeiske Menneskerettighetsdomstolen (EMD)

Albert and Le Compte v. Belgium [P], ECHR:1983:0210JUD000729975

Hornsby v. Greece [J], CE:ECHR:1997:0319JUD001835791

Jussila v. Finland [GC], ECHR:2006:1123JUD007305301

Micallef v. Malta [GC], ECHR:2009:1015JUD001705606

A.Menarini Diagnostics S.R.L. v. Italy [J] ECHR:2011:0927JUD004350908 [kun publisert på fransk]

Gryaznoc v. Russia, [J] ECHR:2012:0612JUD001967303

Ramos Nunes de Carvalho e sá v. Portugal [GC], ECHR:2018:1106JUD005539113

Zubac v. Croatia [GC], ECHR:2018:0405JUD004016012

Konkurrenten.no AS mot Norge [J], ECHR:2019:1105DEC004734115

Zirnīte v. Latvia [J], ECHR:2020:0611JUD006901911

Avgjørelser fra EU-finanstilsynenes klagenemnd

BoA-2014-05 *Investor Protection Europe sprl. V. The European Securities and Markets Authority*, 10. november 2014

BoA-2017/01 *FinancialCraft Analytics Sp. z o.o. v. The European Securities and Markets Authority*, 3. juli 2017

BoA-D-2019-05 *Creditreform Rating AG [heretter Creditreform] v. The European Banking Authority (EBA)*, 13. september 2019

Rules of Procedure Fra EFTA-domstolen og ESA

Rules of Procedure of the EFTA Court av 4. januar 1994, tilgjengelig fra <https://eftacourt.int/the-court/rules-of-procedure/>

EFTA Surveillance Authority Rules of Procedure, adopted 7 January 1994 Doc. No 196989, Recast 19 December 2017 College Decision No 217/17/COL

Dokumenter fra EU-kommisjonen og Rådet

Kommisjonen for de Europæiske Fællesskaber, 23. september 2009, Forslag til Europa-parlamentet og Rådets forordning om oprettelse af en europeisk banktilsynsmyndighed, KOM (2009)501 endelig - COD 2009/0142

Kommisjonen for de Europæiske Fællesskaber, 23. september 2009, Forslag til Europa-parlamentet og Rådets forordning om oprettelse af en europæisk tilsynsmyndighed for forsikrings- og arbejdsmarkedspensionsordninger, KOM(2009) 502 endelig - COD 2009/0143

Kommisjonen for de Europæiske Fællesskaber, 23. september 2009, Forslag til Europa-parlamentet og Rådets forordning om oprettelse af en af en europæisk værdipapirtilsynsmyndighed» av, KOM(2009)503 endelig - COD 2009/0144

Council of the European Union, «Council conclusions on the EU and EEA-EFTA Ministers of Finance and Economy», 14178/1/14 Rev 1, 14. oktober 2014

Dokument fra EØS-komiteen

Council of the EEA «Conclusions adopted by the EEA Council at its 42nd meeting», EEE 1610/14 19. november 2014

Dokumenter fra EFTAs overvåkingsorgan (ESA)

Vedtak

EFTA Surveillance Authority Delegated Decision no. 07/18/COL, 27. juli 2018, «to register Nordic Credit Rating AS as a credit rating agency»

EFTA Surveillance Authority Decision no. 02/20/COL, 16 mars 2020, «to temporarily lower the notification thresholds of net short positions»

EFTA Surveillance Authority Decision no. 056/20/COL, 11. juni 2020, «to renew the temporary requirement of natural or legal persons who have net short positions to lower the notification thresholds of net short positions»

Organisasjonskart

EFTA Surveillance Authority, Document 459097, 05.05.2020, hentet fra <https://www.eftasurv.int/cms/sites/default/files/documents/ESA%20Organisation%20chart%20-%20website%203.pdf> [sist besøkt 13.07.20]

Dokumenter fra European Markets and Surveillance Authority (ESMA)

ESMA decision of 16 March, ESMA70-155-246 som publisert på ESMA's hjemmeside <https://www.esma.europa.eu/press-news/esma-news/esma-requires-net-short-position-holders-report-positions-01-and-above> [sist besøkt 13.07.2020]

ESMA Public Statement, ESMA71-99-1342, 11. Juni 2020, som publisert på ESMA's hjemmeside https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma71-99-1342_decision_ss_reporting_renewal_statement.pdf

Multilateral Memorandum of Understanding

«Multilateral Memorandum of Understanding on cooperation, information exchange and consultation» 26. april 2018, mellom EFTAs Overvåkingsorgan (ESA) og European Banking Authority (EBA), European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA) og European Securities and Markets Authority (ESMA), <https://www.esma.europa.eu/press-news/esma-news/esas-conclude-multilateral-memorandum-understanding-efta-surveillance-authority> [sist besøkt 13.07.20]

Kronikk og avisartikkel

Barlund, Ingrid Halvorsen, kommentar, «*Myndighetsoverføring av finanstilsyn – kva skjer bak lukka dører?*» i *Rett24*, 27. januar 2020. Hentet 11.02.20 fra <https://rett24.no/articles/myndighetsoverføring-av-finanstilsyn--kva-skjer-bak-lukka-dorer>

Vermes, Thomas «Forsker-alarm: Demokratisk problem med hemmelighold om EUs finansvedtak om Norge», ABC nyheter, 18. februar 2020, tilgjengelig fra <https://www.abcnyheter.no/nyheter/politikk/2020/02/18/195649975/forsker-alarm-demokratisk-problem-med-hemmelighold-om-eus-finansvedtak-om-norge>

Norske lover

Lov 17. mai 1814 Grunnloven

Lov 10. april 2015 nr. 17 om finansforetak og finanskonsern

Lov 17. juni 2016 nr. 30 om EØS-finanstilsyn

Norske lovforarbeider

Prop. 125 L (2013-2014) Lov om finansforetak og finanskonsern (finansforetaksloven)

Prop. 100 S (2015-2016) Proposisjon til Stortinget (forslag til stortingsvedtak), Samtykke til 1) deltakelse 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