

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

Av Marte Dahl Reisæter

Måten ESAs vedtak på finansmarkedsrettens område treffes og kontrolleres på, reiser spørsmål om hvordan effektiv rettsbeskyttelse kan ivaretas for private markedsaktører i Norge og de øvrige EØS/EFTA-statene. Artikkelen presenterer hvordan den såkalte utkastmodellen og fraværet av en klagenemnd byr på utfordringer, og skisserer løsninger innenfor rammene av den gjeldende tilknytningsmodellen. Analysene viser at minstekrav til effektiv rettsbeskyttelse kan ivaretas, men at beskyttelsesnivået likevel er og blir høyere i EU-pilaren enn i EFTA-pilaren. Analysene viser utfordringer ved ivaretagelse av effektiv rettsbeskyttelse, som også gjør seg gjeldende mer generelt for EØS-avtalens mulighet til å holde følge med fremveksten av spesialiserte EU-byråer.

- effektiv rettsbeskyttelse, EØS-finanstilsyn, EØS-finansmarkedsrett, legalitetskontroll, tilknytningsmodell

Marte Dahl Reisæter (f. 1993) er master i rettsvitenskap (2020). Hun er stipendiat ved Det juridiske fakultet ved Universitetet i Bergen fra januar 2021, med emnet «EU-domstolens legalitetskontroll med komplekse økonomiske vurderinger i konkurransesaker».

1 Innledning¹

Spørsmålet om og hvordan effektiv rettsbeskyttelse kan ivaretas under EØS/EFTA-statenes tilknytning til Det europeiske finanstilsynssystemet, er viktig og vanskelig. EØS-avtalens mulighet til å holde følge med fremveksten av stadig flere

¹ Artikkelen er basert på en masteroppgave skrevet som del av forskningsprosjektet EØS-finanstilsyn – Norges tilknytning til EU's tilsynssystem for finansmarkedet (UiB, 2020). Takk til professor Halvard Haukeland Fredriksen og postdoktor Ingrid Margrete Halvorsen Barlund for gode innspill.

og stadig mektigere EU-byråer krever løsninger som sikrer private markedsaktører tilstrekkelig effektiv rettsbeskyttelse. Tilknytningen til Det europeiske finanstilsynssystemet er det første eksempelet på at EØS/EFTA-statene knytter seg til et europeisk system der EU-byråer er tillagt rettslig bindende myndighet også direkte overfor private markedsaktører.² EØS-tilpasningen medfører at denne myndigheten skal utøves av ESA. Det er imidlertid to særtrekk ved måten ESAs vedtak treffes og kontrolleres på.³ For det første skal ikke ESA selv utrede sakene, men basere sine avgjørelser på utkast fra det relevante EU-byrået – European Banking Authority (EBA), European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA) eller European Securities and Markets Authority (ESMA).⁴ For det andre er ESAs vedtak ikke gjenstand for etterfølgende administrativ kontroll i et eget klageorgan, slik som EU-tilsynenes vedtak er i EU-pilaren av EØS.

Bakgrunnen for tilknytningsmodellen skisseres i punkt 2. Betydningen av effektiv rettsbeskyttelse skisseres i punkt 3. I punkt 4 og 5 analyseres de nevnte særtrekkene i lys av EØS-rettens krav til effektiv rettsbeskyttelse. Problemstillingen i punkt 4 er om finansmarkedsaktører som er adressater for ESAs vedtak, har krav på å gjøre seg kjent med innholdet i utkastet fra EU-finanstilsynene, og om også utkastenes innhold kan kontrolleres i EFTA-domstolen som ledd i prøvingen av ESAs avgjørelse. Problemstillingen i punkt 5 er om kontrollen med de komplekse økonomiske vurderingene som ligger til grunn for ESAs vedtak, er tilstrekkelig. Private finansmarkedsaktører etablert i en EU-medlemsstat kan klage vedtak fra EU-finanstilsynene inn til et felles administrativt klageorgan (klagenemnden), i tillegg til EU-domstolens legalitetskontroll. Rammene for den kontrollen klagenemnden foretar, er ikke klare, men det kan hevdes at organet har videre adgang til å overprøve skjønnsmessige, komplekse økonomiske vurderinger enn det EU-domstolen tradisjonelt har. Spørsmålet er i så tilfelle hva EFTA-domstolen kan gjøre for å kompensere for fraværet av en klagenemnd i EFTA-pilaren.

2 Sentralt for tilknytningen er innlemmelse av følgende forordninger i EØS-avtalen: Forordning (EU) 1093/2010 [EBA-forordningen], Forordning (EU) 1094/2010 [EIOPA-forordningen], og Forordning (EU) 1095/2010 [ESMA-forordningen] – samlet omtalt som Opprettelsesforordningene. De ble tatt inn i EØS-avtalen vedlegg IX ved EØS-komiteens vedtak nr. 199/2016, nr. 200/2016 og nr. 201/2016, alle av 30. september 2016. Noen bestemmelser ble oppdatert ved Forordning (EU) 9175/2019, og vil i tilfelle bli referert herfra.

3 Tilknytningsmodellen er tidligere diskutert i Ingrid Hertzberg og Tarjei Bekkedal, «Suverenitet og homogenitet. Om Norges tilslutning til EUs finansbyråer (I)», *Lov og Rett* 2018, s. 131–157. <https://doi.org/10.18261/issn.1504-3061-2018-03-02>; og Ingrid Hertzberg og Tarjei Bekkedal, «Kompetanse uten kontroll? Om Norges tilslutning til EUs finansbyråer (II)», *Lov og Rett* 2018, s. 205–226. <https://doi.org/10.18261/issn.1504-3061-2018-04-03>. Modellen sett fra ESAs perspektiv er diskutert i Ingrid M.H. Barlund, «ESA som tilsynsmyndighet av finansielle teneste i den indre marknad», *Lov og Rett* 2020, s. 261–273. <https://doi.org/10.18261/issn.1504-3061-2020-05-02>.

4 EU-finanstilsynene er opprettet ved henholdsvis EBA-forordningen, EIOPA-forordningen og ESMA-forordningen, samlet Opprettelsesforordningene.

2 Bakgrunnen for EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell

Det europeiske finanstilsynssystemet ble opprettet etter finanskrisen i 2008. De tre EU-finanstilsynene (EBA, EIOPA og ESMA) ble opprettet for å styrke kontrollen med medlemsstatenes nasjonale tilsynspraksis og med private aktører, såkalt mikrotilsyn.⁵ Som hovedregel håndheves EU/EØS-finansmarkedsreglene av nasjonale myndigheter.⁶ I noen tilfeller har EU-finanstilsynene likevel myndighet til å treffe direkte bindende avgjørelser, også overfor private finansmarkedsaktører. Prosedyrene i Opprettelsesforordningene artikkel 17 nr. 6, 18 nr. 4 og 19 nr. 4 gir myndighet til å gripe inn mot rettsstridig finansmarkedsaktivitet som en siste utvei, dersom nasjonale myndigheter ikke selv iverksetter påkrevde tiltak.⁷ Aktørene kan blant annet pålegges atferdsendring eller stans av rettsstridig virksomhet. I tillegg er hele ansvaret for tilsyn med kredittvurderingsbyråer tillagt ESMA. På dette området gir CRA II-forordningen ESMA myndighet til å innvilge konsekusjonssøknader og til å ilegge reaksjoner mot rettsstridig atferd – herunder bøter og tvangsmulkt.⁸

EU-finanstilsynene er opprettet som EU-byråer og opptrer uavhengig fra Kommisjonen.⁹ Deres besluttsende organer, Tilsynsrådene, består av representanter fra medlemsstatenes nasjonale finanstilsynsmyndigheter.¹⁰ Dette gjør dem til spesialistorganer egnet til å gjøre faglige vurderinger om forvaltning av, og tilsyn med, finansmarkedene og deres utvikling på tvers av nasjonale landegrenser. Det var enighet i EØS-komiteen om at de tre EU-finanstilsynenes ekspertise måtte integreres i EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell for å sikre enhetlig tilsynspraksis.¹¹

Samtidig medførte EØS-avtalens to-pilarstruktur at det ikke var aktuelt å gi EU-finanstilsynene myndighet til å håndheve finansmarkedsreglene direkte i EFTA-pilaren.¹² Derfor ble ESA valgt som beslutningsorgan for EØS/EFTA-statene,

5 Forordning (EU) 2175/2019, fortalens første avsnitt.

6 Opprettelsesforordningene, fortalens niende avsnitt.

7 Se nærmere om vilkår og virkeområde for artikkel 17, 18 og 19 i Hertzberg og Bekkedal, «Suverenitet og homogenitet: Om Norges tilslutning til EUs finansbyråer (I)», *Lov og Rett* 2018, s. 131–157, punkt 5.

8 Forordning (EU) 513/2011 [heretter CRA II-forordningen], artikkel 16 nr. 3, artikkel 24, artikkel 36a og artikkel 36b.

9 Se nærmere om EU-finanstilsynene og deres myndighet i Hertzberg og Bekkedal, «Suverenitet og homogenitet: Om Norges tilslutning til EUs finansbyråer (I)», *Lov og Rett* 2018, s. 131–157, punkt 3, 4 og 5.

10 Opprettelsesforordningene artikkel 40 nr. 1 b). Representanter fra EØS/EFTA-statene og ESA har møte- og talerett, men ikke stemmerett ifølge den EØS-tilpassede teksten. Se nærmere Hertzberg og Bekkedal, «Kompetanse uten kontroll: om Norges tilslutning til EUs finansbyråer (II)», *Lov og Rett* 2018, s. 205–226, punkt 4.1.

11 Se Council Conclusions on the EU and EEA-EFTA Ministers of Finance and Economy [2014], 14178/1/14 REV 1, første og femte avsnitt.

12 *Ibid.*

med myndighet til å treffe vedtak i tilsvarende situasjoner som EU-finanstilsynene.¹³ ESA treffer avgjørelser i full uavhengighet («in full independence»), men samtidig basert på utkast fra den relevante tilsynsmyndigheten for å utnytte sistnevntes ekspertise.¹⁴ Denne beslutningsprosedyren gjelder gjennomgående for ESAs bindende avgjørelser på finansmarkedsrettens område, og omtales i det følgende som utkastmodellen.

To-pilarstrukturen gjorde det videre uaktuelt å gi EU-finanstilsynenes klagenemnd myndighet til å avgjøre saker med EØS/EFTA-aktører. EØS/EFTA-statene anså det heller ikke som hensiktsmessig å opprette en egen klagenemnd for kontroll av ESAs avgjørelser.¹⁵ ESAs avgjørelser er derfor «bare» gjenstand for legalitetskontroll i EFTA-domstolen i henhold til eksisterende prosedyrer, der særlig ODA artikkel 36 er sentral.¹⁶

3 Betydningen av effektiv rettsbeskyttelse

Den valgte tilknytningsmodellen legger ikke opp til at EU-finanstilsynenes utkast skal være del av vedtakene ESA treffer mot private finansmarkedsaktører. I EFTA-pilaren treffes avgjørelser av ESA, og eneste mulighet for overprøving er i EFTA-domstolen. Dette er en ønsket rettstilstand, der partene i EØS-komiteen har akseptert at det er forskjell på det institusjonelle rammeverket i EFTA-pilaren og i EU-pilaren av EØS.

Samtidig må EØS-retten tolkes i lys av prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse, som etablerer minimumskrav for prosessuelle rettigheter for markedsaktører i EU/EØS.¹⁷ Prinsippet ble opprinnelig utviklet av EU-domstolen, med støtte i medlemsstatenes felles rettstradisjoner slik dette kommer til uttrykk i EMK artikkel 6 og er tolket av EMD.¹⁸ Med henvisning til at disse rettstradisjonene er felles for alle EØS-statene, som også alle er parter til EMK, har EFTA-domstolen lagt til grunn at prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse inngår i EØS-retten.¹⁹ På

13 Se EØS-komiteens vedtak nr. 199/2016, nr. 200/2016, nr. 201/2016 og nr. 203/2016, alle av 30. september 2016. Som nevnt ovenfor er dette myndighet i henhold til Opprettelsesforordningene artikkel 17, 18 og 19, og overfor kredittvurderingsbyråer.

14 Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol [heretter ODA], Protokoll 8, artikkel 3.

15 Prop. 100 S (2015–2016) s. 16.

16 Jf. ODA Protokoll 8, artikkel 6.

17 Se bl.a. sak E-15/10, *Posten Norge*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 246, avsnitt 85 med videre henvisninger; sak E-11/12 *Koch*, EFTA Ct. Rep. 2013 s. 272, avsnitt 116 og 117.

18 For tidlige eksempler fra EU-domstolens praksis, se bl.a. sak 222/84, *Johnston*, EU:C:1986:206 avsnitt 18 og 19; sak 222/86, *Heylens med flere*, EU:C:1987:442, avsnitt 14.

19 Sak E-15/10 *Posten Norge*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 246, avsnitt 85 og 86 med videre henvisninger.

denne måten har EFTA-domstolen etablert ensartethet («homogenitet») mellom pilarene med hensyn til hvilke prosessuelle rettigheter som skal sikres, ved inngrep i privates EØS-baserte rettigheter.²⁰

Det nærmere innholdet av de minimumsrettighetene som prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse oppstiller, har blitt fastslått av domstolene med EMK artikkel 6 (1) som en sentral kilde.²¹ Markedsaktører skal sikres et beskyttelsesnivå for sine EØS-baserte rettigheter tilsvarende EMK artikkel 6 (1), som inkluderer rett til en rettferdig rettergang.²² Dette omfatter prosessuelle rettigheter som knytter seg til ESAs saksbehandling ved rettslig bindende vedtak, og til en etterfølgende kontroll av vedtaket i EFTA-domstolen. Sentralt her, og som utdypes i henholdsvis punkt 4 og punkt 5, er rett til forsvar i forbindelse med vedtaket som treffes, og til en effektiv domstolskontroll av vedtaket.

Offentligrettslige inngrep i EØS-baserte rettigheter som reaksjon på rettsstridig atferd ligger i kjerneområdet for effektiv rettsbeskyttelse. Under Det europeiske finanstilsynssystemet kan som nevnt overnasjonale tilsynsmyndigheter – ESA eller EU-finanstilsynene – gripe inn direkte overfor private markedsaktører. Slike inngrep aktiverer opplagt finansmarkedsaktørenes rett til effektiv rettsbeskyttelse.

Spørsmålet som reises i det følgende, er om EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell sikrer finansmarkedsaktører tilstrekkelig effektiv rettsbeskyttelse i møte med rettslig bindende vedtak fra ESA. Nærmere bestemt er spørsmålet om markedsaktørene har tilgang til og kan gjøre bruk av prosessuelle rettigheter som gir samsvarende eller bedre vern enn de minimumskravene som prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse oppstiller. Prinsippet forutsetter riktignok ikke at det institusjonelle rammeverket er helt likt utformet mellom pilarene. Verken utkastmodellen eller fraværet av en egen klagenemnd i EFTA-pilaren er i seg selv nok til å konstatere at effektiv rettsbeskyttelse *ikke* foreligger. Den valgte tilknytningsmodellen må imidlertid ivareta de felles EU/EØS-rettslige minimumskravene til effektiv rettsbeskyttelse ved anvendelse av aktuelle bestemmelser i ODA og EØS-avtalen. Spørsmålet er om effektiv rettsbeskyttelse kan ivaretas i lys av særtrekene ved EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell.

20 I denne retning også Halvard H. Fredriksen og Christian N.K. Franklin, «Of Pragmatism and Principles: The EEA Agreement 20 Years on», *Common Market Law Review*, vol. 52, 2015, s. 629–684 på s. 646–647; Pål Wennerås, «Article 6 [Homogeneity]» i Finn Arnesen mfl. (red.), *Agreement on the European Economic Area: A Commentary*, C.H. Beck/Hart/Nomos/Universitetsforlaget 2018, s. 209–248, på s. 231–232.

21 Fra EFTA-domstolens praksis, se bl.a. sak E-15/10, *Posten Norge*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 246, avsnitt 85 og 86 med videre henvisninger; Fra EU-domstolens praksis, se f.eks. sak C-432/05, *Unibet*, EU:C:2007:163, avsnitt 37 med videre henvisninger. I EU er prinsippet kodifisert i EUs Charter om grunnleggende rettigheter, OJ C 202, 7.6.2016 (heretter CFR), artikkel 47.

22 Forente saker E-11/19 og E-12/19, *Adpublisher AG mot J og K*, 10. desember 2020, avsnitt 50 med videre henvisninger; sak E-11/12, *Koch*, EFTA Ct. Rep. 2013 s. 272, avsnitt 116 og 117.

4 Utkastmodellen: tilgang til utkastene for kontradiksjon og kontroll?

4.1 EU-finanstilsynenes rolle under utkastmodellen

Fra finansmarkedsaktørens perspektiv gjør utkastmodellen det uklart hvem som reelt sett avgjør om det skal iverksettes reaksjoner i EFTA-pilaren. Som nevnt inngår utkastene som et obligatorisk element i ESAs vedtaksprosedyre. Samtidig utgjør ikke utkastene noen formell del av ESAs avgjørelse. Ser man på oppgavefordelingen mellom ESA og EU-finanstilsynene i de prosedyrene som skal følges når ESA treffer rettslig bindende avgjørelse, etterlates et inntrykk av at ESA i realiteten treffer «kopivedtak».

Gjennomgående er det EU-finanstilsynenes oppgave å overvåke finansmarkedsaktiviteten også i EØS/EFTA-statene. EU-finanstilsynene underrettes om angivelig rettsstridig markedsaktivitet og kan iverksette undersøkelser for å avklare forholdet.²³ Først etter dette er det aktuelt for EU-finanstilsynene å utarbeide et utkast til ESA med anmodning om en rettslig bindende avgjørelse. Utkastet utarbeides etter at adressaten for vedtaket har blitt varslet av ESA og fått mulighet til å uttale seg.²⁴ Denne oppgavefordelingen tilsier at EU-finanstilsynene initierer vedtaksprosessen, og foretar materielle og faktiske vurderinger som ligger til grunn for en rettslig bindende avgjørelse fra ESA. Det er ikke tydelig hvilke forutsetninger ESA har for å legge andre vurderinger enn de som fremgår av utkastet, til grunn for et vedtak.²⁵ Utkastmodellen er begrunnet med behovet for å utnytte EU-finanstilsynenes ekspertise. ESA er ikke et spesialistorgan for finansmarkedsforhold.

Så langt har ESA truffet fem bindende avgjørelser mot finansmarkedsaktører i EFTA-pilaren. En av dem er et konsesjonsvedtak til det første registrerte kredittvurderingsbyrået i Norge (som også har kontor i Sverige, Finland, Danmark og på Island).²⁶ De fire andre avgjørelsene er rettet mot en gruppe finans-

23 Se Opprettelsesforordningene artikkel 17 nr. 2 og artikkel 35, jf. EØS-komiteens vedtak nr. 199/2016, nr. 200/2016 og nr. 201/2016 alle av 30. september 2016; CRA II-forordningen artikkel 23e jf. EØS-komiteens vedtak nr. 203/2016, 30. september 2016.

24 Jf. ODA Protokoll 8 artikkel 5; se Multilateral Memorandum of Understanding on cooperation, information exchange and consultation between the EFTA Surveillance Authority and the European Bank Authority (EBA); the European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA); the European Securities and Markets Authority (ESMA), 26. mars 2018 [heretter MMoU], artikkel 12 nr. 1. MMoU-en er ikke bindende, men gir uttrykk for felles utarbeidet prosedyre, tilgjengelig fra The ESAs conclude a multilateral Memorandum of Understanding with the EFTA Surveillance Authority (europa.eu) [sist besøkt 9.12.2020].

25 Se nærmere Barlund, «ESA som tilsynsmyndighet av finansielle teneste i den indre marknad», *Lov og Rett* 2020, s. 261–273, punkt 2.

26 EFTA Surveillance Authority Delegated Decision no. 07/18/COL, 27. juli 2018, «to register Nordic Credit Rating AS as a credit rating agency»; se <https://nordiccreditrating.com/about> [sist besøkt 9.11.2020].

markedsaktører og bestemmer en senket terskel for rapporteringspliktige netto short-posisjoner – et tiltak iverksatt i forbindelse med covid-19.²⁷ Ingen av avgjørelsene innebærer reaksjon på rettsstridig finansmarkedsaktivitet fra individuelle finansmarkedsaktører. Avgjørelsene er likevel interessante fordi ESA ikke vedgår at de er basert på komplette utkast. I stedet viser ESA til at avgjørelsene er truffet «i samarbeid» med det relevante EU-finanstilsynet, som ved alle fire avgjørelser var ESMA. Der ESMA har truffet tilsvarende avgjørelse, er imidlertid innholdet helt likt formulert som i ESAs avgjørelse.²⁸ Den eneste forskjellen er at hver av de to tilsynsmyndighetene oppgir at den selv har foretatt vurderingene.

De fem vedtakene vitner om at ESA ikke anser seg rettslig forpliktet til å opplyse om utkastenes innhold. Spørsmålet er likevel om ikke ESA har plikt til å opplyse om, og tilgjengeliggjøre, utkastene i tilfeller hvor man griper inn overfor nærmere angitte markedsaktører for påstått rettsstridig markedsaktivitet. I et slikt tilfelle slår prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse inn med større tyngde. Private aktører har rett til kontradiksjon og til å gjøres kjent med sentrale og relevante forhold som en avgjørelse bygger på – både i forbindelse med vedtaket som treffes (rett til forsvar), og i forbindelse med etterfølgende kontroll i EFTA-domstolen (rettferdig rettergang).

4.2 Begrunnelse og innsyn

Effektiv rettsbeskyttelse inkluderer retten til forsvar.²⁹ Dette innebærer at en markedsaktør som blir gjenstand for et rettslig bindende vedtak fra ESA, har rett til å bli gjort kjent med de faktiske og rettslige grunnlag vedtaket, for å ta stilling til om man vil påklage vedtaket.³⁰ Spørsmålet er om dette også gir rett til å bli gjort kjent med utkastet til vedtak som ESA har fått fra det relevante EU-finanstilsynet.

27 Se EFTA Surveillance Authority vedtak nr. 02/20/COL, 16. mars 2020 «to temporarily lower the notification thresholds of net short positions», fornyet ved vedtak nr. 056/20/COL 11. juni 2020, fornyet ved vedtak nr. 106/20/COL 17. september 2020, fornyet ved vedtak nr. 167/20/COL 17. desember 2020.

28 Se ESMA's vedtak 16. mars, ESMA70-155-246 «to temporarily lower the notification thresholds of net short positions» tilgjengelig fra <https://www.esma.europa.eu/press-news/esma-news/esma-requires-net-short-position-holders-report-positions-01-and-above> [sist besøkt 14.01.2021], fornyet ved ESMA71-99-1342, 11. juni 2020, tilgjengelig fra https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma71-99-1342_decision_ss_reporting_renewal_statement.pdf [sist besøkt 14.01.2021], fornyet ved ESMA70-155-11608 16. desember 2020, tilgjengelig fra ESMA renews its decision requiring net short position holders to report positions of 0.1% and above (europa.eu) [sist besøkt 14.01.2021].

29 Forente saker E-11/19 og E-12/19, *Adpublisher AG mot J og K*, 10. desember 2020, avsnitt 50 med videre henvisninger

30 *Ibid.* Fra EU-domstolens praksis, se sak C-300/11, *ZZ*, EU:C:2013:363 avsnitt 53. Merk at EU-domstolen knytter dette til CFR artikkel 47 som kodifiserer prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse.

Etter at ESA har truffet vedtak, kommer retten til forsvar tydeligst til uttrykk gjennom ESAs begrunnelsesplikt i ODA artikkel 16.³¹ Begrunnelsen skal ifølge praksis oppgi de faktiske og rettslige forhold som har avgjørende betydning for vedtaket, slik at vedtakets adressat og domstolen gjøres kjent med vedtakets grunnlag.³² Hvorvidt begrunnelsen er tilstrekkelig, beror på en helhetsvurdering av hvilke rettslige og faktiske forhold som er oppgitt, og partens konkrete behov for informasjon, sett i lys av omstendigheter ved vedtaket og hvilke rettsregler som får anvendelse i det konkrete tilfellet.³³

For EØS/EFTA-aktøren som er gjenstand for ESAs vedtak, kan det være av interesse å få avklart i begrunnelsen om de faktiske og rettslige vurderinger som ligger til grunn for vedtaket, stammer fra det relevante EU-finanstilsynet. Imot dette kan det hevdes at det er av mindre betydning om det er ESA eller EU-finanstilsynet som har foretatt vurderingen, så lenge ESAs begrunnelse oppgir hvilke sentrale rettslige og faktiske forhold som er vektlagt. Som vist ovenfor er det i domstolpraksis fokus på at adressaten informeres om relevante *forhold*, og ikke nødvendigvis på krav om å bli gjort kjent med dokumenter som understøtter dette.

Dersom adressaten kan få innsyn i utkastet ved å henvende seg til ESA eller EU-finanstilsynene, kan retten til forsvar ivaretas selv om utkastet ikke inkluderes i begrunnelsen. ESA og EU-finanstilsynene gir imidlertid uttrykk for at utkastene skal være «confidential», i et felles utarbeidet Memorandum of Understanding (MMoU) fra 2018.³⁴ MMoU-en er ikke bindende, men gir uttrykk for enighet mellom tilsynsmyndighetene om nærmere prosedyrer for samarbeid og informasjonsutveksling. Både ESA og EU-finanstilsynene har samtidig regler om offentlig innsyn for private aktører.³⁵ Her kan innsyn bare nektes i tråd med konkrete, oppstilte unntak. Selv om MMoU-en gir inntrykk av at utkastene skal holdes konfidensielle, er det ikke opplagt at utkastene omfattes av relevante unntak fra reglene om offentlig innsyn. Etter ESAs regler om offentlig innsyn (RAD) er spørsmålet om utkastet er et tredjepartsdokument i ESAs besittelse, jf. RAD artikkel 3 (b). Dokumentbegrepet i RAD artikkel 3 (a) avgrenses riktignok mot

31 Se forente saker E-4/10, E-6/10 og E-7/10, *Swisscom mfl. mot ESA*, EFTA Ct. Rep. 2011 s. 16, avsnitt 171 med videre henvisninger.

32 Se forente saker E-4/10, E-6/10 og E-7/10, *Swisscom mfl. mot ESA*, EFTA Ct. Rep. 2011 s. 16, avsnitt 171 og 173 med videre henvisninger; Se tilsvarende sak C-280/08 P, *Deutsche Telekom AG mot Kommisjonen*, EU: C:2010:603, avsnitt 131.

33 *Ibid.*

34 Se MMoU artikkel 16.

35 Se EFTA Surveillance Authority vedtak nr. 300/12/COL Rules on Access to Documents (RAD), artikkel 2 nr. 1 og nr. 2; Se Forordning (EF) Nr. 1049/2001 (Innsynsforordningen) artikkel 2 nr. 2, jf. Opprettelsesforordningene artikkel 71.

«drafts», men utkastet som ESA mottar fra det relevante EU-finanstilsynet, er et ferdigstilt dokument når det oversendes til ESA. Ut fra en formålsorientert tolkning av innsynsreglene er det ikke opplagt at det som i realiteten er en ferdigstilt anmodning fra et EU-byrå, kan unntas fra innsyn bare fordi byrået og ESA er blitt enige om å betegne den som et «utkast».

Unntak fra innsyn i tredjepartsdokumenter kan bare nektes i tråd med RAD artikkel 4 nr. 3 om unntak av hensyn til samfunnssikkerhet eller nr. 4 for beskyttelse av forretningshemmeligheter og private opplysninger.³⁶ Etter Innsynsforordningen artikkel 4 nr. 3 (2) kan innsyn i EU-finanstilsynenes interne dokumenter bare nektes etter at det er truffet vedtak «hvis dokumentets udbredelse ville være til alvorlig skade for institutionens beslutningsproce» og det ikke er en «mere tungtvejende offentlig interesse i udbredelse af dokumentet». Det er vanskelig å se at noen av de nevnte unntakene i RAD eller Innsynsforordningen gjør seg gjeldende for EU-finanstilsynenes utkast.

En EØS/EFTA-aktør som er adressat for et inngrep vedtak fra ESA, står uansett i en annen stilling enn offentligheten for øvrig. Verken ESA eller EU-finanstilsynene kan nekte adressaten for ESAs vedtak innsyn dersom dette ville bryte med adressatens grunnleggende rett til forsvar.³⁷ Det kan hevdes at retten til forsvar ikke kan utøves effektivt med mindre adressaten for et vedtak fra ESA gis innsyn i utkastet som vedtaket er basert på. Selv om ESAs begrunnelse vil gjengi sentrale rettslige og faktiske forhold, kan det ha betydning for EØS/EFTA-aktøren å få avklart om vurderingene av disse forholdene er foretatt av ESA eller av det relevante EU-finanstilsynet. Det er for eksempel ikke opplagt at EFTA-domstolen kan eller bør være like tilbakeholden med å prøve ESAs vurderinger som vurderinger som stammer fra et EU-byrå med tung finansfaglig ekspertise. Ved å gi innsyn i utkastet elimineres en kilde til usikkerhet for adressaten.

I lys av at utkastene representerer en ny og særegen dokumenttype i ESAs saksbehandlingsprosesser, er det påfallende at MMoU-en ikke gir klarere uttrykk for hvordan tilsynsmyndighetene stiller seg til partsinnsyn. Ved en etterfølgende domstolskontroll kan EFTA-domstolen pålegge ESA å legge frem utkastet som bevis, for å sikre at både markedsaktøren og domstolen gjøres kjent med relevante forhold i saken.³⁸ Det kan hevdes at behovet for dokumentinnsyn står like sterkt i forkant av en domstolsprosess – nettopp for at adressaten skal kunne avgjøre om det er grunn til å påklage vedtaket, uten å iverksette en kostnads- og tidkrevende rettsprosess.

36 Jf. RAD artikkel 4 nr. 8.

37 Dette understøttes av MMoU artikkel 16 der det fremgår at utkastet bare behandles som et internt dokument såfremt dette er forenelig med «Union law and the EEA Agreement».

38 Se punkt 4.3.

4.3 Bevisføringsplikt og etterfølgende kontroll

Hvis adressaten ikke gis innsyn i utkastet fra ESA i forbindelse med vedtaket som treffes, kan adressaten likevel ha rett til å gjøre seg kjent med utkastet som del av en etterfølgende prosess i EFTA-domstolen. EFTA-domstolen har myndighet til å pålegge partene å legge frem dokumenter «or any papers» som er tilknyttet saken og som domstolen anser som ønskelige.³⁹ Hensynet til effektiv rettsbeskyttelse kan tilsi at EFTA-domstolen har plikt til å etterkomme en anmodning fra saksøker om å pålegge ESA å legge frem utkastet som bevis, dersom utkastet kan ha betydning for sakens utfall i EFTA-domstolen. *Ufex mot Kommisjonen* viser at domstolene har ansvar for å bidra til at relevante bevis legges frem under den etterfølgende legalitetskontrollen av et vedtak.⁴⁰ Underretten hadde ikke etterkommet saksøkers anmodning om å pålegge Kommisjonen å legge frem et brev, og avviste derfor en påstand om myndighetsmisbruk uten å ha undersøkt det aktuelle brevet. EU-domstolen mente at brevet, i lys av saksøkers påstander, «åpenbart var relevant for tvistens løsning».⁴¹ Dette medførte at Underretten enten skulle etterkommet saksøkers anmodning om å få brevet fremlagt for «at fjerne den usikkerhet, der kunne bestå med hensyn til rigtigheden af de pågældende påstande [om myndighetsmisbruk]», eller begrunnet tydelig hvorfor brevet ikke under noen omstendighet ville være relevant for sakens avgjørelse.⁴²

At beviser som kan være relevante og nødvendige for sakens utfall skal gjøres tilgjengelig, har bakgrunn i den grunnleggende retten til kontradiksjon, og er del av retten til rettferdig rettergang.⁴³ EMK artikkel 6 har ingen uttrykkelig bevisregel, men prinsippet om «equality of arms» er ifølge EMD del av det grunnleggende kontradiksjonshensynet som skal sikres gjennom EMK artikkel 6 – både i strafferettslige og sivilrettslige saker. Dette innebærer at domstolen skal tillate en part å få føre beviser som er relevante og nødvendige for sakens opplysning, for å unngå at parten settes i en vesentlig dårligere stilling enn motparten.⁴⁴ Derksom beviset utelukkende er i motpartens besittelse, har domstolen plikt til å pålegge motparten å legge beviset frem.

39 Se EFTA Court Rules of Procedure 4. januar 1994, artikkel 49, artikkel 50 nr. 1 (b) og nr. 3, og artikkel 51, jf. ODA Protokoll 5 artikkel 21 og artikkel 43, jf. ODA artikkel 43.

40 Sak C-119/97 P, *Union française de l'express (Ufex) mfl. mot Kommisjonen*, EU:C:1999:116.

41 *Ibid.*, avsnitt 110 (min oversettelse).

42 *Ibid.*, avsnitt 111.

43 Se innstilling fra Generaladvokat Dámaso Ruiz-Jarabo i sak C-119/97 P *Ufex mfl. mot Kommisjonen*, EU:C:1998:255, avsnitt 100.

44 Se bl.a. EMDs dom 12. juni 2012, *Gryaznov mot Russland* (sak nr. 19673/03) avsnitt 57; EMDs dom 11. juni 2020, *Zirnīte mot Latvia* (sak nr. 69019/11) avsnitt 48; se nærmere Ola Johan Settem, *Applications of the 'Fair Hearing' Norm in ECHR Article 6(1) to Civil Proceedings: With Special Emphasis on the Balance Between Procedural Safeguards and Efficiency*, Springer International Publishing 2016, s. 339–342.

I et tilfelle der avgjørelsen forutsetter faglige vurderinger fra et eksternt organ, kan det hevdes at vurderingene nær sagt alltid er relevante for avgjørelsen som er truffet. Vurderingene kan derfor ha betydning for sakens utfall ved etterfølgende domstolskontroll. I *Artegodan mot Kommisjonen* konstaterte Underretten at vurderinger fra et EU-byrå skulle inngå i prøvingen av Kommisjonens vedtak.⁴⁵ Dommen er trukket frem av Craig som et eksempel på (indirekte) legalitetskontroll med EU-byråer.⁴⁶ Saksforholdet har flere likhetstrekk med oppgavefordelingen og prosedyren som gjelder mellom ESA og EU-finanstilsynene i forbindelse med rettslig bindende vedtak fra ESA. Tilnærmingen i *Artegodan* bør derfor ha overføringsverdi til utkastmodellen i EØS.

Bakgrunnen i *Artegodan* var at Kommisjonen hadde vedtatt å trekke tilbake markedsføringstillatelser fra flere foretak fordi legemiddelet som ble markedsført, inneholdt antatt skadelige stoffer. Kommisjonens avgjørelse ble truffet på bakgrunn av en medisinskfaglig rapport fra EU-byrået CPMP. Rapporten ga ikke rettslig bindende føringer for Kommisjonen, men Kommisjonen hadde plikt til å innhente rapporten før den traff avgjørelse.⁴⁷ Selv om rapporten formelt ikke utgjorde en del av avgjørelsen som var gjenstand for legalitetskontroll, konkluderte Underretten med at det var nødvendig å inkludere rapporten i prøvingen.⁴⁸ Begrunnelsen for dette var at rapportens medisinskfaglige vurderinger hadde en så «avgjørende betydning» for Kommisjonens avgjørelse at «uregelmæssigheter» ved vurderingene måtte kunne anses som «en tilsidesættelse af de væsentlige formkrav, der er forbundet med lovligheden» av Kommisjonens avgjørelse.⁴⁹ Det kunne ikke være avgjørende at rapporten var utarbeidet av et annet organ enn Kommisjonen. Underretten viste til at Kommisjonen selv «ikke er i stand til at foretage vurderinger af videnskabelig karakter», og at de faglige vurderingenes viktighet nettopp ble understreket av «den obligatoriske konsultation af CPMP» 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».⁵⁰

Det kan kanskje hevdes at det er et større sprik i forventet fagkyndighet mellom et medisinskfaglig organ og Kommisjonen enn mellom EU-finanstilsynene og ESA. ESA har et eget «Chief Economist Team», bestående av fem økonomer, og

45 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 mfl. mot Kommisjonen*, EU:T:2002:283, opprettholdt i sak C-39/03 P, *Artegodan mfl. mot Kommisjonen*, EU:C:2003:418.

46 Paul Craig, *EU Administrative Law*, 3. utgave, Oxford University Press 2019, s. 176.

47 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 mfl. mot Kommisjonen*, EU:T:2002:283, avsnitt 198 og 139.

48 *Ibid.*, avsnitt 199.

49 *Ibid.*, avsnitt 197.

50 *Ibid.*, avsnitt 199.

ifølge ESAs interne retningslinjer skal alle avdelinger konsulteres før det treffes bindende beslutninger.⁵¹ I tillegg kan nasjonale myndigheter i EØS/EFTA-statene tilby «technical expertise» før ESA treffer avgjørelse.⁵² Utkastene vurderes derfor forutsetningsvis av personer med økonomiskfaglig bakgrunn i ESA, og eventuelt også i nasjonale tilsynsmyndigheter, før ESA treffer en rettslig bindende avgjørelse. 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 avgjørelse på bakgrunn av EU-finanstilsynenes utkast, er nettopp at EU-finanstilsynene innehar en faglig ekspertise som ESA mangler.⁵³ Akkurat som i *Artegodan* må det antas at ekspertvurderingene som EU-finanstilsynene gjør for ESA, som ledd i utkastmodellen, utgjør et sentralt element i grunnlaget som ESA bygger sitt vedtak på. Selv om det er forskjell på medisinskfaglige og økonomiske vurderinger, er formålet med å fordele oppgavene mellom et spesialistorgan og et kompetent beslutningsorgan det samme. Etter min mening medfører dette at utkastene fra EU-finanstilsynene må legges frem og kontrolleres av EFTA-domstolen som ledd i prøvingen av ESAs avgjørelse. Til støtte for dette kan det også nevnes at det relevante EU-finanstilsynet skal bistå ESA i saker for EFTA-domstolen med all nødvendig assistanse for å forsvare vedtaket.⁵⁴

Løsningen fra *Artegodan* vil bidra til å sikre effektiv rettsbeskyttelse samtidig som to-pilarmodellen opprettholdes. Samtidig kan det spørres om ikke rettsbeskyttelsesnivået i EU-pilaren likevel vil være høyere, all den tid EU-finanstilsynene ikke kan stilles til ansvar direkte i EFTA-domstolen. Den skisserte løsningen kompenserer ikke fullt ut for risikoen for ansvarspulverisering som oppgavefordelingen mellom EU-finanstilsynene og ESA medfører.

5 Fraværet av en klagenemnd

5.1 Effektiv rettsbeskyttelse uten en klagenemnd?

Finansmarkedsaktører i hele EØS-området kan utsettes for samme type inngrep fra henholdsvis EU-finanstilsynene eller ESA. Samtidig er det bare private markedsaktører i EU-pilaren av EØS som har tilgang til EU-finanstilsynenes klagenemnd, som et tillegg til den ordinære domstolskontrollen. Spørsmålet er om

51 Se EFTA Surveillance Authority Rules of Procedure, Doc. No 196989 av 7. Januar 1994, omarbeidet 19. desember 2017 vedtak nr. 217/17/COL, endret 11. februar 2020 vedtak nr. 007/20/COL, artikkel 4 (3), jf. (1); se ESA Dokument nr. 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 07.12.2020].

52 ODA Protokoll 8 artikkel 4.

53 Prop. 100 S (2015–2016) s. 14.

54 MMoU artikkel 15.

effektiv rettsbeskyttelse likevel kan ivaretas for finansmarkedsaktører i EFTA-pilaren, altså uten adgang til en tilsvarende klagenemnd. Adgang til EFTA-domstolen sikrer i utgangspunktet markedsaktørenes rett til en domstol i tråd med EMK artikkel 6 (1).⁵⁵ Det kan imidlertid hevdes at EU-finanstilsynenes klagenemnd har en funksjon i den etterfølgende kontrollen av EU-finanstilsynenes vedtak som gir et høyere beskyttelsesnivå enn domstolskontroll alene. Dette utdypes i punkt 5.2. Fraværet av en klagenemnd i EFTA-pilaren reiser derfor spørsmålet om forskjellen i beskyttelsesnivå er forenelig med EU/EØS-rettens felles minimumskrav til effektiv rettsbeskyttelse. Dette behandles i punkt 5.3.

5.2 Klagenemndens etterfølgende kontroll: skjønsmessige vurderinger

Klagenemnden er ikke en domstol, men er opprettet som et fellesorgan for effektiv kontroll med avgjørelser fra de tre EU-finanstilsynene innen rimelig tid.⁵⁶ Nemnden er et uavhengig ekspertorgan for å behandle klager om lovligheten av EU-finanstilsynenes rettslig bindende avgjørelser mot private aktører.⁵⁷ Behandlingsfristen er tre måneder.⁵⁸ En klage til klagenemnden bidrar til den helhetlige ivaretagelsen av effektiv rettsbeskyttelse. Dersom nemnden opprettholder det påklagde vedtaket, kan saken bringes inn for EU-domstolene.⁵⁹

Det er ikke gitt at rammene for klagenemndens kontroll med EU-finanstilsynenes avgjørelser er de samme som for EU-domstolens og EFTA-domstolens legalitetskontroll. Det kan hevdes at nemnden ikke har samme plikt som en domstol til å være tilbakeholden med å overprøve komplekse økonomiske vurderinger som EU-finanstilsynene foretar.⁶⁰ Prinsippet om institusjonell maktbalanse medfører at domstolene har plikt til å tilkjenne utøvende myndigheter en skjønnsmargin for komplekse økonomiske vurderinger, noe som legger begrensninger på domstolskontrollen.⁶¹ Klagenemnden er derimot ikke del av EUs dom-

55 EMD la dette til grunn i dom 5. november 2019, *Konkurrenten.no AS mot Norge* (sak nr. 47341/15), se avsnitt 42–48. Spørsmålet var om fraværet av en ankemulighet var i strid med EMK artikkel 6 sitt krav om rettfærdig rettergang.

56 Opprettelsesforordningene, fortalene 58. bemerkning.

57 Forordning (EU) 2175/2019 artikkel 58 nr. 2 og Opprettelsesforordningene artikkel 60 nr. 1; Om privates klagerett til klagenemnden, se sak C-577/15 P, *SV Capital OÜ mot Kommisjonen (EBA)*, EU:C:2016:947, avsnitt 34–42 med videre henvisninger til Underrettens avgjørelse.

58 Forordning (EU) 2175/2019 artikkel 60 nr. 2.

59 Se Opprettelsesforordningene artikkel 61 nr. 1 og nr. 4.

60 Om rammene for EU-finanstilsynenes skjønsmessige vurderinger, se sak C-270/12, *Storbritannia mot Rådet og Parlamentet (ESMA)*, EU:C:2014:18; For utdyping se Craig, 2019, s. 163–164 og s. 170–172 med videre henvisninger.

61 Om institusjonell maktbalanse, se sak C-133/06, *Parlamentet mot Rådet*, EU:C:2008:257, avsnitt 57 med videre henvisninger; se nærmere om komplekse økonomiske vurderinger i punkt 5.2.

stolsapparat. I tillegg skal klagenemnden ha finansfaglig ekspertise om de delene av finanssektoren som EU-finanstilsynene opererer innenfor.⁶²

Opprettelsesforordningene gir ikke anvisning på at klagenemndens kontroll av om en klage er «well-founded», skal begrenses til å prøve gyldigheten av avgjørelsen i henhold til de gyldighetskriteriene som domstolene skal ta utgangspunkt i TEUV artikkel 263 nr. 2 (som tilsvarende ODA artikkel 36 (1)).⁶³ Dersom meningen var at klagenemnden bare skulle være en spesialisert førsteinstansdomstol, ville det vært naturlig å formulere prøvingskompetansen i tråd med disse bestemmelsene, og med grunnlag i TEUV artikkel 257 om opprettelse av spesialdomstoler. Helhetlig gir dette inntrykk av at klagenemndens kontroll er ment å ha en annen funksjon enn domstolenes legalitetskontroll.⁶⁴

Så langt har ikke EU-domstolen uttalt seg om rammene for klagenemndens kontroll med komplekse økonomiske vurderinger.⁶⁵ Ser man på klagenemndens egen praksis, har den i noen avgjørelser gitt uttrykk for at EU-finanstilsynene tilkjennes en skjønnsmargin. I BoA-2017-01 *FinancialCraft Analytics mot ESMA* uttalte klagenemnden at ESMA hadde skjønnsmargin for «technical matters».⁶⁶ I BoA 2019 01-04 *Svenska Handelsbanken med flere mot ESMA* ble det konstatert en skjønnsmargin for «policy [...] (within the limits of the ESMA regulation and its legal basis)».⁶⁷ Det rettskildemessige grunnlaget klagenemnden oppgir for å tilkjenne EU-finanstilsynene skjønnsmargin, fremstår imidlertid ikke som særlig klart. Klagenemnden begrunnet forbeholdet mot full prøving av «technical matters» i *FinancialCraft Analytics* ved å vise til «European jurisprudence» og at ESMA «acting as a specialist regulator is entitled to some margin of appreciation».⁶⁸ Klagenemnden oppgir ikke hvilken rettspraksis som skulle underbygge dette standpunktet. Domstolenes plikt til å respektere administrative organers skjønnsmargin er som nevnt begrunnet i det prinsipielle skillet mellom administrativ og dømmende myndighet. Det er ikke gitt at dette har overføringsverdi til rammene for klagenemndens kompetanse. I *Svenska Handelsbanken* ble forbeholdet mot å overprøve «policy»-vurderinger begrunnet med at «the governance

62 Forordning (EU) 2175/2019 artikkel 58 nr. 2.

63 At klagenemndens mandat er å kontrollere om en klage på en avgjørelse fra et EU-finanstilsyn er «well-founded», følger av Opprettelsesforordningene artikkel 60 nr. 4.

64 I samme retning Ingrid Hertzberg, «Om Norges tilknytning til EUs finansbyråer», *Perspektiv*, 03/2017; Paola Chirulli 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, på s. 846. Spørsmålet holdes mer åpent av Marco Lamandini 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, på s. 154.

65 Januar 2021.

66 Se BoA-2017-01 avsnitt 87 og avsnitt 45.

67 Se BoA 2019 01-04 avsnitt 194.

68 Se BoA-2017-01 avsnitt 45.

structure of ESMA is designed so as to give an avenue of review within ESMA itself». ⁶⁹ Klagenemnden utdyper ikke hva den mener med «governance structure», eller hvordan grensen skal trekkes mellom ESMA's interne egenkontroll og klagenemndens kontroll. Tvert imot tilsier klagenemndens funksjon som administrativt kontrollorgan at den nettopp bidrar til å sikre administrativ internkontroll – noe klagenemnden selv gir uttrykk for i BoA 2019 05 *Creditreform v. EBA*:

«The Board of Appeal is not a court, but an integral part of the three ESAs [...] It is part of the system of checks and balances contained in the ESAs Regulations providing participants in the financial markets with an avenue for the review of a supervisory decision, which is itself subject to appeal to the General Court of the European Union [...]»⁷⁰

Uten tydeligere rettsgrunnlag er det ikke klart hvordan klagenemnden kombinerer en forutsetning om skjønnsmargin med intern selvkontroll. Noen endelig avklaring vil ikke foreligge før EU-domstolen tar stilling til spørsmålet.

Klagenemndens plassering, korte saksbehandlingstid og finansfaglige ekspertise vil i alle tilfeller gjøre den godt egnet til å gi en raskere og billigere avklaring, der relevante finansfaglige forhold kan kontrolleres av nemndens medlemmer uten at det er nødvendig å hente inn eksterne sakkyndige vitner. Det synes dessuten rimelig å anta at en ekspertnemnd i praksis vil foreta en mer inngående etterprøving av EU-tilsynenes rettsanvendelse, ganske enkelt fordi ekspertene i nemnden har faglige forutsetninger for dette, som generalistene i EU-domstolene mangler. Alt i alt synes det derfor å være grunnlag for å hevde at adgang til klagenemnden styrker markedsaktørenes rettsbeskyttelse, sammenlignet med domstolskontroll alene.

5.3 EFTA-domstolens legalitetskontroll: skjønsmessige vurderinger

For markedsaktører i EFTA-pilaren er det avgjørende spørsmålet om EFTA-domstolens legalitetskontroll gir det minimum av effektiv rettsbeskyttelse som kreves, også i tilfeller hvor ESAs vedtak bygger på komplekse økonomiske vurderinger. Spørsmålet er om det er forenelig med krav til effektiv rettsbeskyttelse å tilkjenne ESA en skjønnsmargin for slike vurderinger.

Ifølge EMDs praksis krever EMK artikkel 6 (1) i utgangspunktet at en domstol skal ha «full jurisdiction to examine all questions of fact and law relevant

⁶⁹ Se BoA 2019 01–04 avsnitt 194.

⁷⁰ Se BoA 2019 05 avsnitt 50.

to the dispute before it».⁷¹ Med henvisning til dette har EFTA-domstolen lagt til grunn at domstolen i utgangspunktet skal ha «the power to quash in all respects, on questions of fact and law, the decision of the body below».⁷²

I tråd med praksis fra EU-domstolen har EFTA-domstolen imidlertid også lagt til grunn at ESA har en skjønnsmargin for komplekse økonomiske vurderinger, som medfører at domstolskontrollen blir begrenset.⁷³ Tradisjonelt skal komplekse økonomiske vurderinger bare overprøves dersom det foreligger faktumfeil, eller det hefter en «manifest error» ved skjønnet.⁷⁴

Spørsmålet om hvorvidt en skjønnsmargin er forenelig med effektiv rettsbeskyttelse, settes på spissen der administrative vedtak innebærer kvasi-strafferettslige sanksjoner som aktiverer den straffeprosessuelle grenen av EMK artikkel 6. Både EMD, EU-domstolen og EFTA-domstolen har behandlet spørsmålet og lagt til grunn at økonomiske sanksjoner i form av bøter for brudd på konkurransereglene utgjør kvasi-strafferettslige sanksjoner.⁷⁵ Under Det europeiske finanstilsynssystemet er bøter en aktuell sanksjon som ESA kan ilegge kredittvurderingsbyråer som ikke overholder CRA II-forordningen.⁷⁶ Økonomiske sanksjoner vil utgjøre de sterkeste inngrepene overfor private aktører under EØS/EFTA-statenes tilknytningsmodell. Rettstilstanden her vil representere yttergrensen for hva som kan tillates av skjønnsmargin ved etterfølgende domstolskontroll med komplekse økonomiske vurderinger.

Med henvisning til EMDs praksis har EFTA-domstolen uttalt at det ikke strider mot prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse å tilkjenne en skjønnsmargin for komplekse økonomiske vurderinger ved domstolskontroll av økonomiske sanksjoner.⁷⁷ Sanksjonenes karakter som kvasi-strafferettslige, utenfor den tradisjonelle strafferetten, gjør at kravene i EMK artikkel 6 ikke slår inn med full tyngde.⁷⁸

71 Se EMDs dom 6. november 2018, *Ramos Nunes de Carvalho e só mot Portugal* (sak nr. 55391/13, 57728/13 og 74041/13), 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.

72 Se sak E-15/10, *Posten Norge*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 246, avsnitt 100, med henvisning til bl.a. EMDs dom 27. september 2011, A. *Menarini Diagnostics S.R.L. mot Italia* (nr. 43509/08).

73 Se bl.a. sak E-9/12, *Island mot EFTAs overvåkningsorgan*, EFTA Ct. Rep. 2013, s. 454, avsnitt 56 og 64 med videre henvisninger.

74 For en fremstilling av sentral praksis på konkurranserettens område, se Innstilling fra Generaladvokat Kokott i sak C-441/07 P, *Alrosa Company Ltd. mot Kommisjonen*, EU:C:2009:555, avsnitt 70 og 77 med videre henvisninger. På statsstøtterettens område er utgangspunktet det samme, se bl.a. sak C-525/04 P, *Spania mot Lenzing*, EU:C:2007:698, avsnitt 57 med videre henvisninger.

75 Se EFTA-domstolen i sak E-15/10, *Posten Norge*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 246, avsnitt 91 med videre henvisninger til Generaladvokat Sharpstons innstilling i sak C-272/09, *KME Germany mfl. mot Kommisjonen* EU:C:2011:63 avsnitt 67, og EMDs dom 27. september 2011; A. *Menarini Diagnostics S.R.L. mot Italia* (nr. 43509/08) avsnitt 59.

76 Se artikkel 36a.

77 Se sak E-15/10, *Posten Norge*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 246, avsnitt 99–100 med videre henvisninger.

78 *Ibid.*, avsnitt 89 med henvisning til bl.a. EMDs dom 23. november 2006, *Jussila mot Finland* (sak nr. 73053/01) avsnitt 43.

Både EU-domstolen og EFTA-domstolen uttaler at krav til effektiv rettsbeskyttelse kan ivaretas til tross for at domstolen må respektere en skjønnsmargin for komplekse økonomiske vurderinger. Dette begrunnes med at en skjønnsmargin ikke påvirker domstolens adgang til å overprøve faktiske eller rettslige vurderinger, hvilket også omfatter de økonomiske opplysningene som avgjørelsen bygger på.⁷⁹

Det hører med at EFTA-domstolen i *Posten Norge* gikk så langt som til å avvise at «manifest error»-standarden var et dekkende utgangspunkt for overprøving av komplekse økonomiske vurderinger, men EU-domstolen har foreløpig ikke gjen tatt dette.⁸⁰ EFTA-domstolen hadde uansett i realiteten samme tilnærming som EU-domstolen med hensyn til begrunnelsen for å godta skjønnsmargin som forenelig med minimumskrav til effektiv rettsbeskyttelse, i lys av EMK artikkel 6.

I lys av EU-domstolens og EFTA-domstolens praksis vil det neppe stride mot minimumskravet til effektiv rettsbeskyttelse dersom ESA tilkjennes en skjønnsmargin for komplekse økonomiske vurderinger, med den følge at EFTA-domstolen er tilbakeholden med overprøving av disse. EFTA-domstolens avvisning av «manifest error»-standarden i *Posten Norge* viser samtidig vilje til å foreta en kontroll i henhold til det beskyttelsesbehovet den mener foreligger. EFTA-domstolen uttalte at

«when 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».⁸¹

Etter min mening vil den samlede rettsbeskyttelsen likevel være bedre i EU-pilaren ved klagenemndens kontroll i tillegg til domstolens. I motsetning til EFTA-domstolen må ikke klagenemnden nødvendigvis følge domstolens linje med hensyn til å tilkjenne noen skjønnsmargin. I tillegg mangler EFTA-domstolen den finansfaglige kompetansen som klagenemndens medlemmer har. Et avbøtende tiltak, som riktignok krever endring av ODA, er at det i EFTA-domstolen oppnevnes sakkyndige meddommere for legalitetskontroll av ESAs vedtak på dette området. Et alternativ, innenfor rammene av dagens regelverk, er at EFTA-domstolen gjør bruk av sin myndighet til å hente inn sakkyndige vitner.⁸² Det kan ar-

79 Se sak C-272/09, *KME mfl. mot Kommisjonen*, EU:C:2011:810, avsnitt 94 og sak E-15/10 *Posten Norge*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 246, avsnitt 95. Begge henviser til sak C-12/03, *P Tetra Laval mot Kommisjonen*, EU:C:2005:87, avsnitt 39.

80 Se sak E-15/10 *Posten Norge*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 246, avsnitt 102.

81 Sak E-15/10, *Posten Norge*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 246, avsnitt 100.

82 EFTA Court Rules of Procedure, 4. januar 1994, artikkel 53.

gumenteres for at domstolen på begjæring fra saksøkte *må* innhente sakkyndige vitner for å utligne forskjellen til EU-finanstilsynenes klagenemnd, og slik sikre et tilsvarende beskyttelsesnivå som i EU-pilaren.

6 Avsluttende refleksjoner

Analysen ovenfor viser at minstekravet til effektiv rettsbeskyttelse kan ivaretas for finansmarkedsaktører som blir gjenstand for individuelle inngrep fra ESA. Det er riktignok usikkert om en markedsaktør som rammes av et vedtak fra ESA, kan kreve innsyn i det underliggende utkastet fra det involverte EU-finanstilsynet. Dersom saken bringes inn for EFTA-domstolen, vil domstolen imidlertid kunne – og etter omstendighetene måtte – kreve utkastet fremlagt. Heller ikke fraværet av en klagenemnd i EFTA-pilaren bryter med minstekrav til effektiv rettsbeskyttelse så lenge EFTA-domstolen sikrer effektiv kontroll av de forhold som ESAs avgjørelse bygger på.

Beskyttelsesnivået er likevel høyere i EU-pilaren enn i EFTA-pilaren. I EU-pilaren bidrar adgang til klagenemnden til å styrke kontrollen med finansfaglige vurderinger som ligger til grunn for EU-finanstilsynenes avgjørelser. Utkastmodellen svekker dessuten gjennomsiktigheten i vedtaksprosessen. Dette kan medføre fare for ansvarspulverisering.

Analysen illustrerer utfordringene som EØS/EFTA-statenes tilknytning til spesialiserte EU-byråer kan medføre med hensyn til ivaretagelse av effektiv rettsbeskyttelse. I møte med overnasjonal myndighetsutøvelse er private parter avhengige av forutsigbare rammer. Praksis viser at EFTA-domstolen forsøker å sikre private samme prosessuelle rettigheter i EFTA-pilaren av EØS som i EU, men full homogenitet er ikke mulig, gitt dagens utforming av de relevante bestemmelsene i EØS-avtalen og ODA.