

# MARIUS

SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW

Åshild Eliassen

Om uafhængighet  
og finanstilsyn

574

# Om uavhengighet og finanstilsyn



MarIus No. 574

Sjørettsfondet  
Nordisk institutt for sjørett  
Universitetet i Oslo

© Sjørettsfondet, 2023

ISSN: 0332-7868

Sjørettsfondet  
University of Oslo  
Scandinavian Institute of Maritime Law  
P.O. Box 6706 St. Olavs plass 5  
N-0130 Oslo  
Norway

Phone: 22 85 96 00

E-mail: [sjorett-adm@jus.uio.no](mailto:sjorett-adm@jus.uio.no)

Internet: <https://www.sjorettsfondet.no/>

Editor: Professor dr. juris Trond Solvang –

e-mail: [trond.solvang@jus.uio.no](mailto:trond.solvang@jus.uio.no)

Digital Publishing: Aksell AS

# Forord

Denne avhandlingen ble levert våren 2023 som masteroppgave ved Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo. Jeg skrev avhandlingen som vitenskapelig assistent ved Senter for europarett som er tilknyttet Institutt for sjørett. Før publisering har jeg kun gjort mindre språklige endringer.

Som vitenskapelig assistent ved Senter for europarett ble jeg inkludert i både fag- og arbeidsmiljøet, noe som styrket min interesse for EU/EØS-rett.

Professor Finn Arnesen veiledet meg med stødig hånd fra han foreslo tema et halvt år før oppstart fram til bare timer før levering, og for det sier jeg tusen takk! I tillegg vil jeg takke stipendiatene Siri Kildahl Venemyr og Trygve Harlem Losnedahl og mine kolleger Bisma Rasool, Melissa Jakobsen Tveit og Ida Henriette Toftner for god hjelp og for et så hyggelig år.

November 2023, Oslo.



# Om uavhengighet og finanstilsyn

Åshild Eliassen

# Innhold

1 Innledning .....	9
1.1 Målsetting og bakgrunn .....	9
1.2 Aktualitet .....	9
1.3 Rettskildebilde og metode .....	11
1.4 Videre framstilling .....	12
2 Uavhengighetsbegrepet .....	13
2.1 Innledning .....	13
2.2 Grunnleggende om uavhengighet .....	13
2.3 Uavhengighet fra hvem? .....	15
2.4 Uavhengighet av hva? .....	16
2.4.1 Innledning .....	16
2.4.2 Hierarkisk avhengighet som hovedregel .....	16
2.4.3 Hensyn som begrunner uavhengige forvaltningsorganer .....	18
2.4.4 Ulike sider ved uavhengighet .....	20
2.5 Skjønn .....	22
2.6 Oppsummering .....	24
3 Hensynene bak finansregulering .....	25
3.1 Innledning .....	25
3.2 Bankers samfunnsfunksjon .....	26
3.3 Regelverket om kapitalkrav .....	27
3.3.1 Om Basel III-anbefalingene .....	27
3.3.2 Pilar 1: Kapital og risikodekning .....	28
3.3.3 Bufferkrav .....	28
3.3.4 Pilar 2: Risikostyring og tilsyn .....	29
3.4 Betydningen av samordning av praksis .....	30
3.5 Oppsummering .....	32
4 Uavhengighetskravet i sekundærretten og EU-domstolens praksis .....	33
4.1 Innledning .....	33
4.2 EØS-rettens krav om «uavhengighet» .....	33
4.2.1 Innledning .....	33
4.2.2 Uavhengighet som generelt begrep .....	34
4.2.3 Uavhengighet av hva? .....	35
4.2.4 Uavhengighet fra hvem? .....	37
4.3 Begrunnelsen for det EØS-rettslige uavhengighetskravet .....	38
4.3.1 Innledning .....	38
4.3.2 Utgangspunktet om forvaltningsrettslig autonomi .....	38
4.3.3 Særlige hensyn som gjør seg gjeldende i EØS .....	40
4.3.4 EU-byråenes rolle .....	41
4.3.5 Meroni-doktrinen .....	45
4.4 Oppsummering .....	46
5 Uavhengighetskrav i tilsynet med kredittinstitusjoner .....	48
5.1 Innledning .....	48
5.2 Uavhengighet fra hvem? .....	48

5.2.1 Uavhengigheten som er «nødvendig» .....	48
5.2.2 Sammenheng .....	51
5.2.3 Primærretten .....	53
5.2.4 Hensynet til en helhetlig regulering .....	54
5.3 Uavhengighet av hva? .....	55
5.3.1 Innledning .....	55
5.3.2 Formål .....	55
5.3.3 Begrepet tilsyn .....	56
5.3.4 Forslag til endring og presisering av CRD IV artikkel 4 (4) .....	58
5.4 Grad av uavhengighet .....	60
6 Finanstilsynet og EØS-rettens krav til uavhengighet .....	62
6.1 Innledning .....	62
6.2 Kort om Finanstilsynets utvikling .....	62
6.3 Kort om Sverige, Danmark og Tyskland .....	63
6.4 Funksjonell uavhengighet .....	64
6.4.1 Instruks .....	64
6.4.2 Klage og omgjøring .....	67
6.4.3 Vurdering .....	69
6.5 Personell uavhengighet .....	71
6.5.1 Innledning .....	71
6.5.2 Styre .....	71
6.5.3 Direktør .....	72
6.5.4 Upartiskhet .....	73
6.5.5 Vurdering .....	73
6.6 Økonomisk uavhengighet .....	74
7 Avslutning .....	75
Litteraturliste .....	76



# 1 Innledning

## 1.1 Målsetting og bakgrunn

To av hovedformålene med EØS-avtalen er å fremme handel mellom medlemsstatene og å oppnå et ensartet regelverk i EØS-området.<sup>1</sup> Disse målene er tett forbundet, i den forstand at lik regel forståelse vil fremme fri bevegelighet og føre til færre hindringer på det indre marked. Et av tiltakene for å muliggjøre fri bevegelighet på det indre marked for finansielle tjenester er reglene om hjemstat-skontroll og gjensidig anerkjennelse. Dette skaper et behov for tilsynssamarbeid og felles tilsynspraksis. I den forbindelse stiller Kapitalkravsdirektivet 2013 (CRD IV)<sup>2</sup> artikkel 4 (4) krav om at medlemsstatene skal sikre tilsynsmyndighetene den uavhengigheten som er nødvendig for å ivareta sine funksjoner. Bestemmelsen lyder:

«Medlemsstatene skal sikre at vedkommende myndigheter har den sakkunnskapen, de ressursene og den driftskapasiteten, myndigheten og *uavhengigheten* som er nødvendig for å ivareta de funksjonene knyttet til tilsyn, granskning og sanksjoner som er fastsatt i dette direktivet og i forordning (EU) nr. 575/2013.»<sup>3</sup> (Min utheving.)

Finanstilsynets rolle som «vedkommende myndighet»<sup>4</sup> etter CRD IV har stor samfunnsmessig betydning. Dersom tilsynspraksisen er tilstrekkelig ulik mellom medlemsstatene er det en risiko for at banker etablerer seg der tilsynspraksisen oppfattes som mest bankvennlig. Dette kan svekke det felleseuropeiske finanssystemet og gjøre det mer sårbart for kriser. En krise på finansmarkedet kan få virkninger langt utenfor finanssektoren, for eksempel i form av økt arbeidsledighet og svekket økonomisk vekst.<sup>5</sup> Dessuten oppstår ikke risiko på finansmarkedet bare nasjonalt, men også internasjonalt. Dette er en konsekvens av økt integrering på finansmarkedet, altså at de nasjonale markedene inngår i det indre marked. Sikkerheten på finansmarkedet må derfor ivaretas gjennom ensartet tilsynspraksis på det indre marked. Dermed må spørsmålet om Finanstilsynets uavhengighet sees i sammenheng med andre medlemsstaters tilsvarende organer.

Målsettingen med avhandlingen er å fastlegge innholdet i EØS-rettens krav om uavhengighet for tilsynsorganer i CRD IV artikkel 4 (4). I tillegg vil jeg vurdere noen mulige gjennomføringsformer i norsk rett og hvilken betydning dette har for det norske Finanstilsynet.

## 1.2 Aktualitet

Finanstilsynets hovedformål er å bidra til finansiell stabilitet og velfungerende markeder.<sup>6</sup> Dette skal oppnås gjennom tilsyn med en rekke ulike foretak som nevnt i finanstillensloven § 1 og foretak som er underlagt tilsyn etter bestemmelser i særlovgivning. Norsk lovgivning om finanstillensloven sine oppgaver og kompetanse er i stor utstrekning en gjennomføring av EUs regelverk for finanssektoren som er samlet i «The Single Rulebook». Dette er et enhetlig regelverk for EUs finanssek-

<sup>1</sup> EØS-avtalen artikkel 1.

<sup>2</sup> Direktiv 2013/36/EU [Kapitalkravsdirektivet 2013 (CRD IV)], heretter CRD IV.

<sup>3</sup> CRD IV artikkel 4 (4). Bestemmelsen viser til forordning (EU) nr. 575/2013 [Kapitalkravsforskriften (CRR)], heretter CRR.

<sup>4</sup> Heretter relevant organ.

<sup>5</sup> NOU 2023:6 s. 30.

<sup>6</sup> Formålet følger av Finanstilsynets hovedinstruks, se Finansdepartementet (2020), og er foreslått fastsatt i en formålsbestemmelse i den nye Finanstillensloven, se NOU 2023:6 s. 105. Formålet følger også av EU-retten, se for eksempel CRD IV fortalepunkt 50.

tor.<sup>7</sup> Blant disse er CRD IV og CRR. Rettsaktene er inntatt i EØS-avtalens vedlegg IX om finansielle tjenester. CRD IV er gjennomført i norsk rett i finansforetaksloven, finansforetaksforskriften og CRR/CRD IV-forskriften.<sup>8</sup> CRR gjelder som norsk forskrift ved inkorporasjon i CRR/CRD IV-forskriften.<sup>9</sup>

I mars 2023 la Finanstilsynslovutvalget fram et forslag til ny finanstilsynslov som reflekterer utviklingen som har skjedd i regelverk, tilsynsomsfang og tilsynsmetodikk siden gjeldende lov ble vedtatt i 1956 og endret i 1986.<sup>10</sup> En ny finanstilsynslov er altså på vei. Finansdepartementet har etter gjeldende rett alminnelig instruksjonsadgang overfor Finanstilsynet, men er tilbakeholden med å benytte denne.<sup>11</sup> Blant spørsmålene Finanstilsynslovutvalget vurderte, var spørsmålet om hvordan Finanstilsynets uavhengighet skal sikres i loven.

Kontroversen rundt Finanstilsynets rundskriv 5/2020 fungerer som et eksempel på temaets aktualitet. I rundskrivet la Finanstilsynet til grunn at all finansiering av utvikling og bygging av fast eiendom som er gjort med sikte på å videreselge med fortjeneste, skal klassifiseres som høyrisiko og risikovektes med 150 prosent.<sup>12</sup>

Saken skapte stort engasjement i næringslivet, og arbeidsgiver- og næringsorganisasjonen Finans Norge ba i brev 19. februar 2021 Finansdepartementet om å avklare forståelsen av virkeområdet til CRR artikkel 128.<sup>13</sup> Deretter ga Finansdepartementet i brev 25. mai 2021 til Finanstilsynet uttrykk for en annen tolkning av begrepet enn det som fulgte av Finanstilsynets rundskriv 5/2020.<sup>14</sup> Departementet la i likhet med Finans Norge til grunn at CRR artikkel 128 må forstås slik at krav om tilordning av risikovekt på 150 prosent «ikke kommer til anvendelse på finansiering av fast eiendom når det for hele prosjektet er inngått juridisk bindende kjøpsavtaler om forhåndssalg som kjøper ikke ensidig har rett til å velge å gå ut av».<sup>15</sup> I tillegg ga Finansdepartementet uttrykk for at når låntaker har inngått juridisk bindende kjøpsavtaler for mer enn halvparten av engasjementsbeløpet, burde risikovekten bare være 100 prosent, fordi prosjektet da ikke kunne anses å være «med sikte på videresalg med fortjeneste».<sup>16</sup>

Som følge av Finansdepartementets brev ble rundskrivet endret.<sup>17</sup> I gjeldende rundskriv kommer det tydelig fram at det er Finansdepartementets forståelse av hvordan regelen skal praktiseres som ligger til grunn, ikke Finanstilsynets.<sup>18</sup> Eksemplet illustrerer at Finanstilsynet kan bli instruert av departementet i sin regelverksforståelse, og at departementets tolkning kan bære preg av næringsinteresser. Eksemplet viser også at markedsinteresser er nært tilknyttet politiske organer. En slik praksis, uavhengig av hvilken medlemsstat den forekommer i, kan komme på kant med EØS-rettens formål om et velfungerende indre marked.

<sup>7</sup> EBA (u. å. A).

<sup>8</sup> jf. Prop. 96 L (2012–2013) og Prop. 125 L (2013–2014).

<sup>9</sup> CRR/CRD IV-forskriften § 2.

<sup>10</sup> Utvalgets mandat er gjengitt i NOU 2023:6 s. 13.

<sup>11</sup> Hovedregelen i norsk rett er instruksjonsmyndighet overfor underordnede organer, med mindre annet er fastsatt i lov, se f. eks. NOU 2023:6 s. 61. Finanstilsynslovutvalget er ikke kjent med at departementet har instruert Finanstilsynet i enkeltsaker, men peker imidlertid på et tilfelle av instruks om generell regelverksforståelse, se NOU 2023:6 s. 63.

<sup>12</sup> Finanstilsynet (2020) s. 5.

<sup>13</sup> Finans Norge (2021). I brevet vises det også til tidligere kommunikasjon mellom Finans Norge og Finanstilsynet, hvor Finanstilsynet ikke tok organisasjonens betraktninger til etterretning.

<sup>14</sup> Finansdepartementet (2021) s. 1.

<sup>15</sup> Ibid. s. 4.

<sup>16</sup> Ibid. s. 4.

<sup>17</sup> Finanstilsynet (2021).

<sup>18</sup> «*Finansdepartementet* har i brev 25. mai 2021 *meddelt* Finanstilsynet hvordan bestemmelsene om finansiering av spekulativ investering i fast eiendom skal praktiseres i Norge.» (min utheving) i Finanstilsynet (2021) s. 2.

I denne forbindelse er det nødvendig å se på hvilke krav direktivet stiller til tilsynsmyndigheters uavhengighet.

Innholdet i direktivets krav om uavhengig finanstilsyn er også aktuelt på grunn av byråfisering i EU, blant annet i finanssektoren. Overnasjonale EU-byråer får stadig mer kompetanse, og dette byr på utfordringer, særlig for EFTA-landene i EØS.<sup>19</sup> Et EU-rettslig krav om uavhengighet stilles gjerne i et system som legger opp til mer avhengighet til EU-byråene.

### 1.3 Rettskildebilde og metode

Målet med avhandlingen er å fastlegge innholdet i kravet om «uavhengighet» i CRD IV artikkel 4 (4). Dette beror på en tolkning av ordlyden i bestemmelsen og andre deler av direktivet. Den viktigste kilden i avhandlingen er derfor EU-rettslig sekundærrett. Tolkningen av sekundærrett gjøres i tråd med EU-rettslig metode, slik den er utviklet i EU-domstolens praksis. Uttrykket «uavhengighet» er ikke definert i direktivet, og ordets alminnelige betydning må derfor tolkes med hensyn til ordlyden, samt formålet med og oppbyggingen av direktivet.<sup>20</sup>

Siden avhandlingen gjelder uavhengighetskravet fra et norsk perspektiv, og hvordan det skal gjennomføres i norsk rett, må også EØS-aspektet ivaretas. Ensartet tolkning av EU-reglene som kommer til anvendelse i EØS er grunnleggende for det indre marked.<sup>21</sup> Homogenitetsprinsippet tilsier at tolkningsprosessen må gjøres i to trinn, fordi forskjeller i virkeområde og formål kan føre til ulike tolkninger i henholdsvis EU og EØS.<sup>22</sup> Jeg vil, med utgangspunkt i at reglene skal tolkes likt, tolke bestemmelsen ved bruk av EU-rettslig metode og påpeke dersom forskjeller mellom fellesskapsretten og EØS-retten utgjør «tvingende grunner» for en annen tolkning i EFTA-landene.<sup>23</sup>

Et utslag av homogenitetsprinsippet er EØS-avtalens artikkel 6 som sier at EØS-retten skal tolkes i samsvar med relevante rettsavgjørelser fra EU-domstolen fra før undertegningen av avtalen. I tillegg følger det av ODA-avtalens artikkel 3 (2) at det også skal tas tilbørlig hensyn til EU-domstolens avgjørelser som er truffet etter undertegningen av EØS-avtalen. Det foreligger ikke noen rettspraksis knyttet til uavhengighetskravet i CRD IV, verken fra EU-domstolen, EFTA-domstolen eller norske domstoler. Derfor ser jeg i kapittel 4.2 på EU-domstolens framgangsmåte ved fastleggingen av innholdet i andre uavhengighetskrav og vurderer hva som er overførbart til finanssektoren.

Jeg tar utgangspunkt i norsk offisiell språkversjon der dette finnes.<sup>24</sup> Dersom norsk offisiell språkversjon ikke er tilgjengelig, vil jeg benytte dansk språkversjon av hensyn til leservennlighet.<sup>25</sup> Når jeg siterer EU-domstolens praksis bruker jeg av samme grunn dansk språkversjon.<sup>26</sup> Der jeg ser nytten i å sammenholde flere språkversjoner, ser jeg også til engelsk, svensk og tysk språkversjon.

<sup>19</sup> Utfordringene er av både konstitusjonell og mer praktisk art. Se f. eks. NOU 2019:5 s. 791.

<sup>20</sup> Sak C-518/07 avsnitt 17 og 18. For mer om EU-rettslig metode, se Fredriksen og Mathisen (2022) s. 323–382 og Arnesen mfl. (2022) s. 49–67.

<sup>21</sup> EØS-avtalen artikkel 1 (1) og fortalepunkt 4, 5 og 15, se for eksempel de forente sakene E-9/07 og E-10/07 avsnitt 27.

<sup>22</sup> E-9/07 og E-10/07 avsnitt 27 og E-2/06 avsnitt 59 og Fredriksen og Mathisen (2022) s. 328.

<sup>23</sup> Slik EFTA-domstolen gjør i de forente sakene E-9/07 og E-10/07, se avsnitt 31 og som forklart i Fredriksen og Mathisen (2022) s. 329 flg.

<sup>24</sup> Norsk oversettelse som er kunngjort i EØS-tillegget til Den europeiske unions tidende har samme gyldighet som tekstene på EU-språkene, jf. EØS-avtalen artikkel 129.

<sup>25</sup> Dansk er likestilt med de 23 andre offisielle språkversjonene i EU, se Sak C-152/01 avsnitt 32 med videre henvisninger.

<sup>26</sup> Den autentiske språkversjonen av EU-domstolens avgjørelser er prosessspråket, jf. EU-domstolens forretningsordener og procesreglementer artikkel 41, men domstolens arbeidsspråk er fransk. (Se om problematikken med rettspraksis på flere språk i Arnesen (2015) del 4). Jeg vil likevel holde meg til dansk språkversjon.

Andre metoderelaterte problemstillinger vil bli behandlet løpende i avhandlingen.

## 1.4 Videre framstilling

Uavhengighet er et sentralt element i tilsynet med EUs finansregulering. Derfor vil jeg først se nærmere på det generelle uavhengighetsbegrepet i kapittel 2, før jeg beveger meg videre til finanssektoren og uavhengighet i CRD IV. I kapittel 3 viser jeg hensynene som ligger til grunn for reguleringen av finansmarkedet og presenterer de ulike kapitalkravene som utgjør verktøy for å bidra til finansiell stabilitet. På bakgrunn av hensynene som presenteres i disse kapitlene viser jeg i kapittel 4 hvordan EØS-rettslige uavhengighetskrav får utslag i praksis, og hvordan begrunnelsen for uavhengighet på EU/EØS-nivå skiller seg fra rent nasjonale uavhengighetskrav. I kapittel 5 tolker jeg CRD IV artikkel 4 (4) i lys av ordlyd, formål og kontekst, og tar inn hensynene jeg har redegjort for i de tidligere kapitlene.

Gjennomgående i avhandlingen forholder jeg meg til spørsmålene «uavhengighet av hva?» og «uavhengighet fra hvem?». I kapittel 5.2 konkluderer jeg med at uavhengighetskravet i CRD IV ikke bare oppstiller krav om markedsuavhengighet, men også politisk uavhengighet. Når jeg vurderer uavhengighetskravets betydning for det norske Finanstilsynet i kapittel 6, har jeg konklusjonene fra kapittel 5 med videre og oppstiller derfor ikke de samme spørsmålene. Her ser jeg på Finanstilsynet slik det er regulert i dag, hvordan uavhengighetskravet er gjennomført i andre land og hvordan uavhengighetskravet er foreslått gjennomført i Norge, og vurderer hvilke endringer som må til for at Norge skal overholde kravet som stilles i EØS-retten.

## 2 Uavhengighetsbegrepet

### 2.1 Innledning

Hva som er kjernen i uavhengighetsbegrepet er uklart, og ordet kan forstås og begrunnes ulikt. Derfor vil jeg innledningsvis forsøke å sette ord på hva uavhengighet er. I kapittel 2.2 vil jeg se på uavhengighetsbegrepet isolert og redegjøre for noen aspekter ved uavhengighet som jeg vil ta med videre i avhandlingen. Deretter vil jeg i kapittel 2.3 og 2.4 stille spørsmål om hvem uavhengighet skal relateres til og hva uavhengigheten skal gjelde. Herunder ser jeg på hovedregelen i norsk forvaltningsrett om hierarkisk struktur og organers avhengighet av overordnede organer, før jeg redegjør for begrunnelsen for å gi visse organer status som uavhengig. I kapittel 2.4.4 presenterer noen jeg ulike sider ved eller kategorier av uavhengighet. Presentasjonen vil blant annet vise at graden av skjønn som er gitt et organ har betydning for hvor stor grad av uavhengighet som kan aksepteres. Derfor vil jeg i kapittel 2.5 gjøre kort rede for ulike typer skjønn.

I dette kapitlet vil jeg ta utgangspunkt i et nasjonalt perspektiv, både for å vise at vi i Norge ikke er fremmed for uavhengige forvaltingsorganer, og at vi også kjenner fenomenet fra før EØS-rettslige uavhengighetskravs inntog. Jeg vil bruke litteratur, forarbeider, OECDs rapport om uavhengige organer og synspunkter fra EU-domstolen som grunnlag for drøftelsen. Målet med dette kapitlet er ikke å komme med konklusjoner, men å vise hva som kjennetegner de ulike formene for uavhengighet og i hvilke situasjoner det kan oppstå behov for uavhengighet. Dette vil være verdifullt å ha med videre når jeg i kapittel 3 ser på hensynene bak finansregulering og i kapitlene 4, 5 og 6 skal gå mer konkret til verks.

### 2.2 Grunnleggende om uavhengighet

Ordet uavhengighet er det motsatte av avhengighet og synonymt med selvstendighet og frihet.<sup>27</sup> Tilgrensende begreper er selvstyre og upartiskhet. I sak C-518/07 om uavhengighetskravet i personverndirektivet<sup>28</sup> beskrev EU-domstolen uavhengighet som en status som sikrer handlefrihet uten noen form for instruks eller press.<sup>29</sup> Uavhengighet kan derfor både forstås i snever og vid forstand. I snever forstand omfatter uavhengighet fravær av styring, påvirkning eller press fra det uavhengigheten knytter seg til, mens begrepet i videre forstand også omfatter det tilgrensende konseptet upartiskhet.

Med selvstendighet forbindes gjerne avstand til et system. Uavhengighet og upartiskhet er begge uttrykk for fravær av relasjoner.<sup>30</sup> Med upartiskhet menes det å være i stand til å ta objektive avgjørelser, uten at ens egne verdier eller prioriteringer farger ens valg. Upartiskhet er ikke det samme som uavhengighet, men kan være et behov som taler for at et organ bør være uavhengig. Alle disse begrepene har til felles at uavhengigheten, selvstendigheten eller upartiskheten er en status som kun betyr noe i relasjon til noe annet.<sup>31</sup> Som vi skal se, vil uavhengighetsbegrepet i EU-retten brukes nokså vidt og gjerne inkludere upartiskhet.<sup>32</sup>

Ordet uavhengighet kan brukes om alle slags forhold, det være seg mellom stater, organer eller mellom folk. Grunnloven § 1 slår fast at kongeriket Norge er et

<sup>27</sup> *Bokmålsordboka*, s. v. «uavhengighet», (16.05.2023).

<sup>28</sup> Direktiv 95/46/EF [Personverndirektivet 1995], heretter personverndirektivet.

<sup>29</sup> Sak C-518/07 avsnitt 18.

<sup>30</sup> Aarli (2016) s. 204.

<sup>31</sup> Jollimore (2021) nr. 1.

<sup>32</sup> Et eksempel på dette er forordning (EU) nr. 1024/2013 (SSM-forordningen) artikkel 19 «Uavhengighet» hvor det heter at medlemmene skal handle «uafhængigt og objektivt og udelukkende i hele Unionens interesse». Bestemmelsen ser ut til å omfavne uavhengighet i vid forstand.

fritt og selvstendig rike, og mener da fri og selvstendig fra andre stater. Man sier også at barn skal vokse opp og bli uavhengige av sine foreldre. Uavhengighet er en status som normalt består over tid, men også i øyeblikk eller enkelthandlinger kan man handle i uavhengighet, ved at man tar et valg uavhengig av andres råd.

Som eksemplene viser, forstås ordet på ulike måter på forskjellige livsområder. I denne oppgaven vil jeg holde meg til statusen uavhengighet for forvaltningsorganer, mer spesifikt for tilsynsorganer. Dette er et spørsmål om uavhengighet i juridisk forstand. For å kunne fastsette det juridiske begrepets innhold, vil jeg først redegjøre for noen sentrale trekk ved uavhengighetsbegrepet.

En ting er å sikre uavhengighet i praksis. Noe annet er å slå fast i lov at et organ skal være uavhengig. Dette er skillet mellom faktisk og rettslig uavhengighet, hvor rettslig uavhengighet som regel er et middel for å oppnå målet om faktisk uavhengighet.<sup>33</sup> Samtidig er det ikke verdt å nøye seg med kun faktisk uavhengighet, fordi den aldri vil være like sikker eller varig som rettslig uavhengighet.

Et annet aspekt ved uavhengighet er behovet for *tillit* til at organet er uavhengig. Mer enn å være et kjennetegn ved uavhengighet, er tillit en sentral begrunnelse for uavhengighet. I likhet med for eksempel kravet til både subjektiv og objektiv habilitet for dommere, er det ikke bare viktig for uavhengighetskravet at organet faktisk handler uavhengig, men også at omverdenen er trygg på at uavhengigheten i faglige spørsmål er ivaretatt.<sup>34</sup> Det kan argumenteres for at uavhengighet kan gi tillit, ved å sikre avstand fra påvirkninger som ikke er ønskelige eller tillitvekkende.

Et siste aspekt er at tilstanden uavhengighet er relativ.<sup>35</sup> Det er ikke mulig å se for seg fullstendig uavhengighet i en rettsstat.<sup>36</sup> Målet er altså en optimal grad av uavhengighet der det trengs, og avhengighet der det må til. Det kan for eksempel ikke aksepteres at et organ skal være uavhengig av lovverket eller domstolskontroll.<sup>37</sup> Når et organ har status som uavhengig eller blir overlatt en viss grad av uavhengighet, befinner det seg et sted på skalaen mellom såkalt full uavhengighet og full avhengighet.<sup>38</sup> Dessuten vil uavhengigheten alltid være knyttet til konkrete oppgaver. For å vurdere et organs uavhengighet, må man se på hvilken kompetanse organet har, og hvor høy grad av uavhengighet organet er gitt for hver enkelt beslutningstype.<sup>39</sup> Dersom et organ er uavhengig i utøvelsen av flere oppgaver i sin daglige drift, men er underlagt instruks i de vesentligste beslutningene på et område, kan det ikke sies å være uavhengig på dette området.

Uavhengighetsbegrepet dukker stadig opp i rettssystemet. I norsk sammenheng er Grunnlovens lovfesting av domstolenes uavhengighet et nærliggende eksempel.<sup>40</sup> Domstolenes uavhengighet følger av at Grunnloven bygger på et skille mellom den utøvende, lovgivende og dømmende makt. Dette er et utslag av maktfordelingsprinsippet som ble formulert av blant andre Montesquieu og siden har utgjort grunnlaget for så å si alle moderne forfatninger.<sup>41</sup> Prinsippet går ut på at makten bør fordeles på en slik måte at maktmisbruk unngås ved at statsmaktene holder hverandre i sjakk.

<sup>33</sup> Backer (2020) s. 38.

<sup>34</sup> Smith (2002) s. 511.

<sup>35</sup> Lavrijssen og Ottow (2012) s. 428 og Eckhoff og Smith (2022) s. 158. Derfor er det vanskelig å gi en generell regulering av hva uavhengighet for visse forvaltningsorganer skal innebære. Det vil «nærmest uunngåelig medføre «overimplementering» av EU/EØS-rettens krav for visse av forvaltningsorganene som man da ender opp med å plassere i denne kategorien.», se NOU 2019:5 s. 782.

<sup>36</sup> Eckhoff (1964) s. 109.

<sup>37</sup> Understreket i forordning (EU) 2016/679 (generell personvernforordning) [GDPR] fortalepunkt 118.

<sup>38</sup> Sześciło (2021) s. 196.

<sup>39</sup> Denne betraktningen brukes av Syrstad (2003) på side 82–83 om Sentralbankens uavhengighet, men er relevant for alle uavhengige organer.

<sup>40</sup> Grunnloven § 88, § 90.

<sup>41</sup> Michalsen (2011) s. 292.

Som sagt vil uavhengighet alltid være relativt, og det skal godt gjøres å finne tilfeller av absolutt uavhengighet. For domstolens del vil for eksempel administrasjonen være underlagt den utøvende makt, i Norges tilfelle Justisdepartementet, og avhengige av å få tildelt penger fra Stortinget.<sup>42</sup> Derfor, for å sikre domstolens uavhengighet, er også regjeringens styring med domstolsadministrasjonen underlagt strenge krav, slik at den ikke krysser grensen til den dømmende virksomhet.<sup>43</sup> Den dømmende virksomhet utøves av dommere, som må være uavhengig. Eckhoff formulerte domstolens uavhengighet som et spørsmål om «hvilke påvirkninger dommere bør være mottakelige for, og hvilke de bør beskyttes mot».<sup>44</sup> Dette er ifølge Backer en fruktbar tilnærming også når uavhengigheten gjelder uavhengige forvaltningsorganer.<sup>45</sup> Dette vil jeg ta med videre i dette kapitlet, når jeg stiller spørsmålene «uavhengighet fra hvem?» og «uavhengighet fra hva?».

## 2.3 Uavhengighet fra hvem?

Når det gjelder hvilke påvirkninger et uavhengig forvaltningsorgan bør beskyttes mot, blir spørsmålet først fra *hvem*. Tilsynsmyndigheter kan påvirkes av overordnede organer og markedsaktører. Skjerming mot disse aktørene kan betegnes som uavhengighet fra påvirkning oven- og nedenfra.

Eckhoff og Smith bruker begrepet «uavhengige forvaltningsorganer» om organer som ikke inngår i det ordinære forvaltningshierarkiet fullt ut, men i en viss grad er unndratt fra den alminnelige organisasjons- og instruksjonsmyndigheten.<sup>46</sup> Denne begrepsbruken brukes om kravet om politisk uavhengighet. Ut ifra det uavhengige organets plassering i forvaltningshierarkiet, kan uavhengigheten relatere seg til ulike organer.<sup>47</sup> For Finanstilsynets del er det tale om uavhengighet fra regjeringen og Finansdepartementet, som tilsynet er underlagt. I denne oppgaven er det hovedsakelig denne formen for uavhengighet jeg vil behandle, det vil si uavhengighet ovenfra.

Markedsuavhengighet er også grunnleggende for at et forvaltningsorgan skal kunne kalles uavhengig. Med det mener jeg uavhengighet fra de som er underlagt forvaltningsorganets vedtak. Denne siden av uavhengighetsbegrepet er nokså ukontroversiell. Formålet med krav om markedsuavhengighet er å unngå interessekonflikter. Markedsuavhengighet får utslag på to måter.

For det første i form av uavhengighet på organ-nivå. Markedsuavhengighet gjennomføres blant annet ved at organet som regulerer eller driver tilsyn med et marked, ikke selv kan delta og ha egeninteresser på markedet. Dersom et direktorat er underlagt et departement som deltar på markedet, kan direktoratet ikke regnes som markedsuavhengig.<sup>48</sup> Kort sagt må tilsynsorganet være juridisk adskilt fra og funksjonelt uavhengig av alle markedsdeltakere.<sup>49</sup>

For det andre får et krav om markedsuavhengighet utslag i form av krav om upartiskhet for de ansatte i det uavhengige organet. Dette oppnås primært gjennom regler om habilitet. I Finanstilsynet er upartiskheten blant annet sikret ved at de ansatte ikke kan eie aksjer i eller andeler utstedt av foretak som er underlagt tilsyn.<sup>50</sup> Særlig for tilsynsorganer er det viktig med høy integritet og uavhengighet

<sup>42</sup> NOU 1999:19 kapittel 3.6.1.

<sup>43</sup> NOU 1999:19 kapittel 5.1.4.

<sup>44</sup> Eckhoff (1964) s. 109.

<sup>45</sup> Backer (2020) s. 38.

<sup>46</sup> Eckhoff og Smith (2022) s. 158.

<sup>47</sup> Backer (2020) s. 41.

<sup>48</sup> Se for eksempel C-69/91 avsnitt 16.

<sup>49</sup> Innen sektorer der staten gjerne er markedsdeltaker oppstiller EU-retten krav om at tilsynsorganet skal være rettslig adskilt og funksjonelt uavhengig av enhver fysisk eller juridisk person som deltar på markedet, se for eksempel direktiv (EU) 2018/1972 (heretter ekomdirektivet).

<sup>50</sup> Finanstilsynsloven § 7.

i forholdet til tilsynsobjektene.<sup>51</sup> Tilsynsprosessen beror i stor grad på samstemt innsats fra både tilsynet og tilsynsobjektene, men det er viktig at tilsynsorganet ikke i praksis blir underlagt private interesser. Dette kan føre til såkalt *regulatory capture*, at tilsynet eller reguleringsorganet blir mottakelig for utilbørlig påvirkning av private interesser, og søkes også unngått ved å sikre forvaltningsorganenes markedsuavhengighet.<sup>52</sup>

I norsk sammenheng er det klart at forvaltningen har rettslig uavhengighet fra private interesser, men faktisk uavhengighet er ikke like enkelt å vurdere.<sup>53</sup> Undersøkelser viser imidlertid at tilliten til forvaltningen i Norge, deriblant forvaltningens markedsuavhengighet, er høy.<sup>54</sup> Tilsyns- og reguleringsorganer er i en særstilling fordi de regulerer markeder hvor både forbrukere, selskaper og stater kan delta.<sup>55</sup> Dersom staten deltar på markedet, som i energisektoren, blir kravet om markedsuavhengighet også et krav om politisk uavhengighet.<sup>56</sup>

Uavhengige reguleringsmyndigheter beskrives av Lavrijssen og Ottow som myndigheter som utfører sine oppgaver og utviser skjønn uavhengig av markedet og med en viss avstand fra den politiske arenaen.<sup>57</sup> Denne beskrivelsen er treffende, fordi den viser hvor strengt kravet om markedsuavhengighet tradisjonelt tolkes, samtidig som den viser at uavhengighet er relativt, og at full politisk uavhengighet ikke er realistisk eller ønskelig. Videre i avhandlingen vil jeg komme innom markedsuavhengighet, men hovedvekten vil ligge på politisk uavhengighet.

## 2.4 Uavhengighet av hva?

### 2.4.1 Innledning

En påvirkning uavhengige forvaltningsorganer i alle fall skal være mottakelig for, er regler gitt i lov og forskrift. I tillegg kommer regler som følger av rettspraksis fra prejudikatsdomstoler. Dette understreker uavhengighetens relativitet, fordi et forvaltningsorgan aldri kan være uavhengig av loven. Når uavhengighetskravet stammer fra EØS-retten, er dette dessuten ofte koblet til en forventning om tilsvarende nærhet til – og avhengighet av – organets relevante EU-byrå.<sup>58</sup> Jeg vil komme tilbake til dette i kapittel 4.3, men først ser jeg på uavhengighet i et nasjonalt perspektiv.

### 2.4.2 Hierarkisk avhengighet som hovedregel

I norsk rett er hovedregelen at et forvaltningsorgan er underlagt instruksjons- og kontrollmyndighet fra et overordnet organ. Hovedregelen er først og fremst forankret i behovet for demokratisk legitimitet og politisk ansvar.<sup>59</sup> Unntak fra denne hierarkiske strukturen kan føre med seg en rekke ulemper, og må derfor gjøres på grunn av særlige hensyn. I dette delkapitlet vil jeg redegjøre for disse ulempene. Når jeg i kapittel 2.4.3 ser på hensyn som tilsier uavhengighet, vil ulempene speile hensynene som taler for uavhengighet for noen organer.

Først vil jeg klargjøre at jeg, når jeg skriver om en hierarkisk oppbygd forvaltning, i utgangspunktet mener organer som er underlagt regjeringen. Dette er

<sup>51</sup> St.meld. nr. 17 (2002–2003) s. 30.

<sup>52</sup> Chiti (2009) s. 1399 og Wellerdt (2021) s. 1104.

<sup>53</sup> Backer (2020) s. 21.

<sup>54</sup> Nordrum (2019) s. 209–211 og NOU 2019:5 s. 142.

<sup>55</sup> OECD (2022) s. 3.

<sup>56</sup> I banksektoren er også staten aksjonær i DnB.

<sup>57</sup> Lavrijssen og Ottow (2011) s. 73.

<sup>58</sup> Eriksen og Fredriksen (2019) s. 181.

<sup>59</sup> Stub (2011) s. 66. Legitimitet er et vagt begrep. Med legitimitet mener jeg i denne avhandlingen grunnlag for rettferdiggjørelse – slik at organers demokratiske legitimitet er politisk forankring som grunnlag for å rettferdiggjøre organenes avgjørelser. Se for eksempel Stub (2011) s. 70.



hovedregelen i norsk forvaltning. Til sammenligning er en del forvaltningsorganer i Sverige underlagt Riksdagen, en løsning som ifølge Wenander fører til større grad av uavhengighet.<sup>60</sup> For det første fordi parlamentets avgjørelser reflekterer flere stemmer enn regjeringens og for det andre fordi de folkevalgte ikke har samme mulighet til å instruere tilsynet som det regjeringen har.

Eivind Smith ble i forbindelse med arbeidet med ny personvernlovgivning i 1997 bedt om å undersøke muligheten for å legge oppgaver som det å oppnevne et styre eller en nemnd til Stortinget. Han kom til at det ikke fantes noe konstitusjonelt hinder for at Stortinget kunne oppnevne et styre i stedet for regjeringen.<sup>61</sup> I tillegg pekte han på muligheten for en mellomløsning som innebærer at regjeringen utpeker et styre med Stortingets godkjenning.<sup>62</sup> I Norge er hovedregelen fortsatt at organene er underlagt departementet. EU-domstolen har imidlertid uttalt at krav om politisk uavhengighet gjelder overfor både den utøvende og den lovgivende makt.<sup>63</sup> Derfor tar jeg ikke dette skillet med videre i avhandlingen.

Manglende demokratisk legitimitet fører til at ledelsen i en tilsynsmyndighet vil sitte uberørt av de politiske svingningene i samfunnet. Dette gjør at en tilsynsmyndighet vil være skjermet mot den grunnleggende kontrollmekanismen som sikres ved regelmessige valg.<sup>64</sup> Riktignok strekker dette argumentet seg bare så langt som tilsynsmyndigheten er overlatt et rom for skjønn. Som Kahnemann, Sibony og Sunstein sier det, skjønnsmessige regler «delegate power».<sup>65</sup> Et organ har bare frihet til å utøve myndighet innenfor sin skjønnsmargin. Når et organ i det vesentlige forvalter et regelverk som gir lite rom for skjønn, blir denne innvendingen mindre. Spørsmålet om skjønnsutøvelse vil bli nærmere behandlet i kapittel 2.5.

I tillegg til manglende demokratisk legitimitet strekker den politiske kontrollen seg i utgangspunktet ikke langt nok til at politikere kan stilles til ansvar for vedtak som er gjort av et uavhengig organ.<sup>66</sup> Alle departementets avgjørelser gjøres i utgangspunktet på regjeringens og statsrådets vegne. Statsråden er derfor den som må stå til ansvar og ta kritikk, og i verste fall må gå av som følge av mistillitsforslag, dersom noe går galt.<sup>67</sup> En forutsetning for statsrådets politiske og konstitusjonelle ansvar er at regjeringen og statsrådene har instruksjons- og kontrollmyndighet overfor underordnede organer. Dette gir mulighet for både løpende politisk forankret styring og demokratisk kontroll med forvaltningen.<sup>68</sup> Når statsråden er avskåret fra å styre og kontrollere et organ, kan ikke uheldige avgjørelser føres tilbake til vedkommende. Fordi uavhengigheten aldri vil være absolutt, vil heller ikke politikernes ansvarsfrihet, som kan føres direkte tilbake til deres påvirkningsmulighet, bli absolutt. Statsråden vil dessuten alltid sitte med det generelle ansvaret for utviklingen i hver sektor.<sup>69</sup>

<sup>60</sup> Wenander (2022) s. 28 med videre henvisninger. Finansinspektionen er ikke underlagt Riksdagen (Sveriges parlament), se kapittel 6.3.

<sup>61</sup> Smith (2002) s. 515.

<sup>62</sup> Ibid. Smiths mandat var kun å peke på hvilke løsninger som var konstitusjonelt mulige, og han kom derfor ikke med noen anbefaling.

<sup>63</sup> Se for eksempel sak C-718/18 avsnitt 112. Uttalelsen, sett i sammenheng med at flere sekundærrettsakter oppstiller et allment krav om uavhengighet fra politiske organer, tyder på at organisering under parlamentet i seg ikke oppfyller EU-rettslige uavhengighetskrav, se for eksempel ekomdirektivet artikkel 8 (1) og direktiv 2012/34/EU om felleseuropeisk jernbaneområde artikkel 55 (1) (2).

<sup>64</sup> Smith (2021) s. 247.

<sup>65</sup> Kahneman (2021) s. 351.

<sup>66</sup> Stub (2011) s. 67.

<sup>67</sup> Grunnloven § 15 og Eckhoff og Smith (2022) s. 110.

<sup>68</sup> NOU 2019:5 s. 520.

<sup>69</sup> Dette ansvaret kalles ministeransvaret, se NOU 1995:18 s. 263, i Smith (2002) s. 513.

Forvaltningslovutvalget oppfordret i forbindelse med ny forvaltningslov i 2019 til tilbakeholdenhet med å opprette uavhengige organer.<sup>70</sup> I tillegg til momentene jeg allerede har nevnt, framhevet utvalget behovet for ryddig forvaltningsstruktur og samordning.<sup>71</sup> Alle forvaltningsorganer forvalter politikk, noe som igjen fører til utvikling og utforming av politikken. Å kutte kontakten mellom denne prosessen og den overordnede politiske kontrollen har flere svakheter. På nasjonalt nivå kan det store perspektivet fort forsvinne når avgjørelser legges til uavhengige, spesialiserte organer. Som jeg vil komme tilbake til i kapittel 3.4 er samordning mellom medlemsstatene et viktig hensyn i finansmarkedsreguleringen. På et område som finanssektoren er nemlig det store bildet mer enn det nasjonale, noe som kan være et argument for at beslutningene som tas bør skjermes for nasjonal politisk innflytelse. På nasjonalt nivå kan imidlertid uavhengighet for det første føre til at spørsmål som er relevante for flere etater, ikke blir behandlet i fellesskap.<sup>72</sup> En annen mulig konsekvens av manglende kommunikasjon og samordning er en finmasket forvaltning som ikke er i samsvar med seg selv. I tillegg til at en kompleks forvaltningsstruktur vanskeliggjør nasjonal samordning, kan det føre til vanskeligheter for borgerne når de skal forholde seg til ulike deler forvaltningen.<sup>73</sup>

### 2.4.3 Hensyn som begrunner uavhengige forvaltningsorganer

Ulempene ved uavhengige forvaltningsorganer er i stor grad en avspeiling av grunnene som taler for at visse forvaltningsoppgaver likevel bør gjennomføres av uavhengige forvaltningsorganer. Hensyn som taler for uavhengighet, er hovedsakelig hensynet til rettssikkerhet og faglig uavhengighet.<sup>74</sup> Overordnet handler disse hensynene om tillit – både folks og foretaks tillit til forvaltningen og forvaltningens avgjørelser.

Hensynet til rettssikkerhet aktualiseres først og fremst for organer som har domstollignende oppgaver, som for eksempel Utlendingsnemnda og Trygderetten, og i organer som behandler konflikter hvor staten kan være part.<sup>75</sup> Derfor bygger også for eksempel Datatilsynets uavhengighet på hensynet til rettssikkerhet og upartiskhet.<sup>76</sup> Også i tilfeller hvor staten ikke har interesser som part eller eier i en sak, har det likevel rettssikkerhetsmessig verdi at avgjørelser tas på grunnlag av regler, prinsipper og presedenser.<sup>77</sup> Dette er med på å skape forutberegnelighet og tillit til organets upartiskhet. Instruksjoner eller påvirkning fra politiske organer kan svekke denne tilliten. Riktignok har også departementets kontrollmyndighet som formål å sikre gode, rettferdige avgjørelser.<sup>78</sup> Det er altså ikke noe nødvendig motsetningsforhold mellom departementets kontroll og gode avgjørelser. Dessuten, i tilfeller hvor et forvaltningsorgan misbruker sin myndighet, vil politisk kontroll være nødvendig for at regjeringen skal kunne rette opp i uriktig eller

<sup>70</sup> NOU 2019:5 s. 520–521.

<sup>71</sup> NOU 2019:5 s. 520–521.

<sup>72</sup> Smith advarer mot manglende samordning, også på tvers av sektorer, og snakker om samordning som konstitusjonell plikt i Smith (2015) s. 269. Ønsket om å unngå ekspertvelde kan også begrunne instruksjonsmyndighet, jf. NOU 2023:6 s. 138. Til sammenligning understrekes i EU-sammenheng behovet for samordning mellom nasjonale organer med sammenfallende ansvarsoppgaver i medlemsstatene, se for eksempel CRD IV fortalepunkt 50. På EU-nivå vil samordning mellom medlemsstatenes organer gjerne forde uavhengighet fra nasjonale politiske organer.

<sup>73</sup> Backer (2020) s. 43.

<sup>74</sup> Graver (2019) s. 182–189.

<sup>75</sup> Se utlendingsloven § 76 (2) og bakgrunnen for forslaget om å opprette klagenemnd i Ot.prp.nr.17 (1998–1999) s. 9 flg og trygderettsloven.

<sup>76</sup> NOU 1997:19 s. 114 i Graver (2019) s. 183.

<sup>77</sup> Eckhoff (1964) s. 115.

<sup>78</sup> Graver (2019) s. 183.

inkonsistent praksis.<sup>79</sup> Like fullt oppstår det et spenningsforhold når politiske prioriteringer tilsier et annet resultat enn rent faglige vurderinger.<sup>80</sup>

Hensynet til faglig uavhengighet kan også tale for at et organ bør være politisk uavhengig. Dette hensynet demonstrerer hvordan fordeler og ulemper med uavhengighet speiler hverandre. Faglig legitimitet og demokratisk legitimitet er ikke lett forenlig. I denne forbindelse er det verdt å nevne at det allerede generelt forventes at alle forvaltningens tjenestemenn skal være faglig uavhengige, innenfor visse grenser.<sup>81</sup> Dette viser at behovet for faglig uavhengighet er allment akseptert i forvaltningen, samtidig som det demonstrerer at også faglig uavhengighet er relativt. Forvaltningslovutvalget uttalte at overordnet styring fra regjering og departement på den ene siden kan motvirke et sektorisert fagstyre på de ulike forvaltningsområdene, men at det på den andre siden også kan innebære en risiko for at faglige overveielser blir tilsidesatt, eller at det blir uklart hvilke hensyn som er avgjørende for de avgjørelser som treffes.<sup>82</sup> Når det er viktig at et organ gjør rent faglige vurderinger, kan det altså være verdt å ofre den demokratiske legitimiteten for organets avgjørelser for å sikre den faglige legitimiteten. Med på kjøpet følger gjerne også autoritet i faglige spørsmål. Dette kan igjen bidra til å oppfylle behovet for tillit til forvaltningens avgjørelser.

Hensynet til effektive beslutningsstrukturer taler også for at visse organer bør være uavhengig.<sup>83</sup> Et uavhengig organ kan avlaste regjeringen og departementet fra å ta avgjørelser i enkeltsaker, samtidig som dette kan effektivisere prosesser og korte ned behandlingstiden.<sup>84</sup> Om et organ blir sikret uavhengighet i den forstand at lovgiver avskjærer instruksjonsadgangen fra overordnede organer, er det fortsatt opp til regjeringen å formulere mål, bevilge penger og følge opp resultater på forvaltningsområdet.<sup>85</sup> Sånn sett bevarer regjeringen en viss kontroll over det uavhengige organets virksomhet gjennom bevilgninger og tildelingsbrev.

Økt faglig uavhengighet fra departementene skaper et skille mellom organene som skaper normer på den ene siden og de som håndhever eller driver tilsyn med at normene blir etterlevd på den andre siden.<sup>86</sup> Dette kan føre til at det framstår klart for allmenheten om en beslutning er fattet på politisk eller faglig grunnlag.<sup>87</sup> Men avgjørelser som tas i enkeltsaker baseres på skjønnsmessige vurderinger. Mens uavhengighet enkelt kan rettfærdiggjøre for rent faglige spørsmål, er det vanskeligere å begrunne at et uavhengig organ er bedre egnet til å utøve et fritt skjønn enn politiske organer. Denne problemstillingen oppstår både i nasjonal rett og i EU-retten. Som jeg vil vise i kapittel 2.5 og kapittel 4.3.5 er uavhengighet ved skjønnsutøvelse ikke like problematisk så lenge skjønnnet er begrenset til en vurdering av kriterier som er fastsatt i lov og kriteriene har faglig karakter.

Til tross for at forvaltningsorganer i utgangspunktet bør være hierarkisk underlagt regjeringen i tråd med Grunnloven, og hensynet til demokratisk legitimitet og politisk kontroll, finnes det altså grunner som taler for at noen typer forvaltningsorganer bør ha en grad av uavhengighet. Det gjelder gjerne organer som utøver mer faglig skjønn. Uavhengighet kan bidra til å sikre organets upartiskhet og tillit til at avgjørelser skjer uavhengig av politiske vurderinger. Den hierarkiske organiseringen byr riktignok på mer fleksibilitet enn alternativet, fordi politisk

<sup>79</sup> NOU 2019:5 s. 520.

<sup>80</sup> Et eksempel på et organ hvis avgjørelser skjermes for andre hensyn enn de faglige, er Konkurransklagenemnda, se NOU 2003:12 s. 153.

<sup>81</sup> Regjeringen (2017) nr. 5.1 i Graver (2019) s. 185.

<sup>82</sup> NOU 2019:5 s. 520.

<sup>83</sup> NOU 2023:6 s. 138.

<sup>84</sup> Graver (2019) s. 187.

<sup>85</sup> Ibid. s. 188.

<sup>86</sup> St.meld nr. 17 (2002–2003) s. 14.

<sup>87</sup> Tankegangen ble presentert i St.meld nr. 17 (2002–2003) s. 14, men ikke fulgt opp i Stortinget, se Backer (2020) s. 44.

styring av uavhengige organer må skje gjennom lovgivning. Lovgivning er langt mer tid- og ressurskrevende enn å gi en instruks. Av og til er det imidlertid denne statiske løsningen med fastsatte regler og prinsipper som trengs for å sikre tilliten til et organ og organets avgjørelser.

Det at uavhengighet kan være mer eller mindre omfattende og sikres på ulikt vis, kan føre til at klarheten om innholdet av uavhengighetskravet i seg selv fører til dårlig etterlevelse.<sup>88</sup> Den dårlige gjennomføringen av kravet stammer fra manglende bevissthet rundt når forvaltningsmyndigheten bør være uavhengig, fra hvem og i hvilken grad. Når det først skal fastsettes et krav om uavhengighet i lovgivningen, er det derfor et poeng å presisere hvordan denne skal gjennomføres i praksis for å være i overensstemmelse med lovverket. Uavhengighetskravet i CRD IV er vagt formulert, i den forstand at begrepet uavhengighet ikke er definert. Bestemmelsen presiserer heller ikke hva uavhengigheten skal innebære. Dette byr på utfordringer når kravet skal gjennomføres i nasjonal rett, og kan ha som effekt at nasjonal gjennomføringen blir uklar og inkonsekvent.

#### 2.4.4 Ulike sider ved uavhengighet

Uavhengige forvaltningsorganer kan beskyttes mot ulike typer påvirkning, og det finnes derfor ulike typer uavhengighet. I denne oppgaven skiller jeg mellom funksjonell, personell og økonomisk uavhengighet.<sup>89</sup> De tre kategoriene utgjør ikke en uttømmende liste, men tre ulike og vesentlige sider av hva som kan sies å sikre uavhengighet. De ulike typene må sees i sammenheng fordi graden av uavhengighet av hver art påvirker hverandre. Mangel på én form for uavhengighet kan anses å være mer problematisk dersom det også skorter på en annen form for uavhengighet.<sup>90</sup>

*Funksjonell* uavhengighet handler om at et organ får utøve sine funksjoner eller oppgaver uten påvirkning utenfra. Slik påvirkning kan skje i form av instruks, omgjøring av organets vedtak og kontroll- eller innsyns adgang. Den funksjonelle uavhengigheten er altså nært knyttet til politisk uavhengighet. Instruks påvirker direkte organets mulighet til å gjøre en uavhengig vurdering, enten instruksen sier at visse hensyn skal vektlegges eller at organet skal komme til en viss konklusjon. Det blir gjerne regnet som det mest sentrale i uavhengigheten at overordnede organer ikke kan instruere det uavhengige organet, det være i enkeltsaker, om bestemte sakstyper eller i det hele tatt.<sup>91</sup>

Funksjonell uavhengighet gjelder frihet fra påvirkning på organets daglige utøvelse av sine oppgaver, fra både politisk hold og fra markedet.<sup>92</sup> Selv om et departement ikke benytter den alminnelige instruksjonsadgangen overfor et organ, vil ikke organets uavhengighet være rettslig sikret før den følger av lov. Dessuten kan uformell instruksjon forekomme.<sup>93</sup> Faktisk uavhengighet som ikke er formalisert i lov innebærer en konstant trussel om at instruksjonsadgangen kan bli brukt. Instruks er en fleksibel kontrollfunksjon, og kan tas i bruk på kort varsel.

<sup>88</sup> Backer (2020) s. 49 viser til at dette har vært et hovedsynspunkt i Smiths litteratur om uavhengighet.

<sup>89</sup> En liknende strukturering av kategorier av uavhengighet brukes blant annet i EBAs rapport om kompetente myndigheters uavhengighet, se EBA (2021) s. 14 flg.

<sup>90</sup> I sak C-530/16 vektlegger EU-domstolen manglende organisatorisk uavhengighet i vurderingen av den funksjonelle uavhengigheten til en nasjonal undersøkelseskomisjon for jernbaneulykker, se avsnitt 107.

<sup>91</sup> Lavrijssen og Ottow (2012) s. 428 og NOU 2019:5 s. 518.

<sup>92</sup> Dette omtales av Baselkomiteen «operational independence» som et kjerneprinsipp for effektivt banktilsyn, se BCBS (2012) s. 22 flg. EBA (2021) bruker samme begrep når de rapporterer om alle nasjonale finanstilsyns uavhengighet, se s. 14.

<sup>93</sup> Tidligere SSB-sjef Meyer opplevde signaler fra Finansdepartementet som styringssignaler, men Finansdepartementet avviser at de har prøvd å instruere Meyer, se Bjørnstad (2017). Dette viser at et underordnet organ kan oppfatte signaler ovenfra som instruks selv om den ikke blir gitt eksplisitt.

Rettslig uavhengighet står derimot fast når den først er gitt, helt til lovgiver endrer loven. For at et organ skal regnes for å ha funksjonell uavhengighet, stilles det som minimumskrav at organet er fritatt fra instruks i sitt vesentligste virke. Dette kan illustreres med et eksempel fra Helge Syrstads avhandling om Sentralbankens uavhengighet: En sentralbank som kan utstede sedler og mynter i full uavhengighet, men som er underlagt Finansdepartementets instruks om styringsrente, ikke vil være som uavhengig å regne.<sup>94</sup>

*Personell uavhengighet* handler om sammensetningen av ledelsen, hvordan den utpekes og avsettes, og hvor lenge den enkelte kan sitte i stillingen sin.<sup>95</sup> Målet er først og fremst at styret og ledelsen i organet ikke er avhengig av politisk velvilje for å bli sittende. Dette løses gjerne ved at stillingen eller vervet gis på åremål, fordi dette gir sterkt stillingsvern for en avgrenset periode. Der behovet for uavhengighet er særlig sterkt, kan personen få stilling som uavsettelig.<sup>96</sup> Et eksempel på et forhold som vil svekke den personelle uavhengigheten er senkning av pensjonsalderen for stillinger i tilsynsmyndighetene.<sup>97</sup>

Når den utøvende makt velger styret til et tilsynsorgan, oppstår det en formell kobling mellom det politiske organet og tilsynet. Av ulike typer tilknytning mellom regjeringen og en etat, vil en formell kobling nok være den svakeste, men det er like fullt et tegn på en form for avhengighet. I tillegg kan det at styremedlemmene utpekes av den utøvende makt føre til en risiko for at ønsket om å få sitte en periode til motiverer styremedlemmene til å handle lojalt mot regjeringen.<sup>98</sup> Styrets rolle tatt i betraktning, vil det likevel være vel så mye i styremedlemmenes interesse å stå imot føringer utenfra, for å bidra til stabilitet. Et moment som taler for dette, er at et styremedlem som handler lojalt mot én regjering, ikke nødvendigvis vil bli gjenoppnevnt av den neste.

En annen side ved personell uavhengighet er relatert til behovet for upartiskhet og habilitet. Et tiltak for å sikre denne formen for uavhengighet er krav om at man etter å ha avsluttet sitt verv i organet, i en bestemt periode må avstå fra å ta andre verv som kan føre til interessekonflikter.<sup>99</sup> Dette er ment å bøte på *revolving door*-mekanismen eller svingdørproblematikken, som handler om at personer som veksler jobb mellom offentlig og privat sektor kan havne i interessekonflikter eller benytte informasjon fra den tidligere stillingen i den nye jobben.<sup>100</sup> Også jobbveksel mellom Finanstilsynet og Finansdepartementet kan føre til interessekonflikter.

Med *økonomisk* uavhengighet menes at organet har tilstrekkelige ressurser til å ivareta sine funksjoner og til å kunne prioritere de sakene uavhengigheten er relatert til.<sup>101</sup> De nødvendige økonomiske ressursene til statlig finansierte organer kan ikke komme med politiske føringer for hvordan de skal brukes i en slik grad at det grenser mot instruks om hvordan oppgavene skal utføres. Internasjonale anbe-

<sup>94</sup> Syrstad (2003) s. 92.

<sup>95</sup> EBA (2021) s. 14 og 15.

<sup>96</sup> Som for eksempel dommere, se domstoloven § 55 (5).

<sup>97</sup> Se analogt om domstolenes uavhengighet i Aarli (2021) s. 244.

<sup>98</sup> Wenander (2022) s. 28.

<sup>99</sup> Et eksempel er karanteneloven § 6, jf. § 2 som angir at karantenenemnda kan illegge et tidligere medlem av regjeringen, en statssekretær eller en politisk rådgiver karantene i inntil seks måneder etter fratreden før overgang til stilling eller verv utenfor statsforvaltningen.

<sup>100</sup> Sześciło (2021) s. 210. Et eksempel på en slik bestemmelse er å finne i direktiv (EU) 2019/1 artikkel 4 (2) (c) som sier at de ansatte i konkurransetilsyn skal avstå fra enhver handling som er "uforenlig med varetagelsen af deres oppgaver og/eller med udøvelsen af deres beføjelser til at anvende artikkel 101 og 102 i TEUF og er omfattet af procedurer, der sikrer, at de i en rimelig periode efter fratrædelse afstår fra at behandle håndhævelsessager, der kan give anledning til interessekonflikter."

<sup>101</sup> Vedlegg 11 til NOU 2019:5 s. 780 og EBA (2021) s. 14.

falinger for økonomisk uavhengige tilsynsorganer i finanssektoren stiller høye krav, men få europeiske land oppfyller disse til det fulle.<sup>102</sup>

I Norge har staten og uavhengige organer tradisjonelt felles økonomi- og personalforvaltning, men det byr vanligvis ikke på problemer fordi økonomiforvaltningen ikke strekker seg så langt at den gjelder avgjørelser i enkeltsaker.<sup>103</sup> Dette viser at graden av uavhengighet som kreves i norsk forvaltning i dag normalt ikke er så høy at den overordnede styringen i form av felles økonomiforvaltning er omfattet. Dette gjelder også i EU. EU-domstolen fastslo i sak C-240/15 om uavhengighetskravet i rammedirektivet for elektroniske kommunikasjonsnett og kommunikasjons-tjenester at krav til uavhengighet og upartiskhet ikke er til hinder for generelle bestemmelser om offentlige midler som angår samtlige offentlige myndigheter.<sup>104</sup>

Finansiering gjennom avgifter heller enn av overordnet organ er et av IMF's kjennetegn på budsjettmessig uavhengighet.<sup>105</sup> Et uavhengig organ kan også finansieres gjennom privat finansiering eller en ordning hvor organet finansieres delvis statlig og delvis privat, så lenge det uavhengige organet styrer midlene selv. Et uavhengighetskrav fører ikke nødvendigvis til en forpliktelse til å velge en bestemt finansieringsordning.<sup>106</sup> Det vesentlige er at finansieringen av organet ikke svekker organets integritet, og at organet har økonomisk frihet til å ansette nødvendig personale og gi dem opplæring og lønn.<sup>107</sup>

Internt i EU er målet med å oppstille uavhengighetskrav for tilsyn som regel å oppnå konvergens mellom medlemsstatenes praksis. På denne måten sikrer EU at tilsynsvirkomheten blir så lik som mulig, og forhindrer dermed at enkelte medlemsstater tilbyr et uforsvarlig tilsynsregime, som i gjengjeld kan svekke tilliten til finansmarkedet som helhet. Men regler som oppstiller krav om funksjonell, personell og økonomisk uavhengighet er gjerne fleksible nok til å kunne passe til ulikt organiserte forvaltningsorganer. Det er altså ikke medlemsstatenes organisasjonsmodeller som er ment å bli likere, men tilsynsutøvelsen og resultatene.<sup>108</sup>

## 2.5 Skjønn

Spørsmålet om uavhengighet er som vi har sett uatskillelig knyttet til spørsmålet om skjønnsutøvelse. Dette fordi faglig skjønn lettere kan tillegges uavhengige tilsynsmyndigheter, mens myndighetene gjerne vil beholde politisk kontroll over organene som utøver bredere skjønnsutøvelse som også omfatter politiske betraktninger. Forholdet mellom et organs skjønnsutøvelse og grad av uavhengighet vil jeg også komme tilbake til når jeg ser på uavhengighet i EU-kontekst i kapittel 4.3. Derfor ser jeg behov for å se nærmere på hva som er skjønnsutøvelse, og hva som ikke er det.

Når regelverket overlater den endelige avgjørelsen til beslutningstakers egne vurderinger, utøver vedkommende skjønn.<sup>109</sup> Jeg skiller mellom to typer skjønn. Den første typen er regelanvendelsesskjønn. Dersom beslutningstakeren er overlatt regelanvendelsesskjønn, er det opp til han å vurdere en regels innhold. Den andre typen er hensiktsmessighetsskjønn, som gir beslutningstakeren frihet til å velge hvilke en rettsfølger en oppfylt betingelse skal ha.<sup>110</sup> I en vurdering hvor

<sup>102</sup> NOU 2023:6 s. 82. Anbefalingene stammer fra Det internasjonale pengefondet (IMF) og omfatter blant annet fri ansettelse, finansiering av foretak som er underlagt tilsyn, og fri internorganisering.

<sup>103</sup> Backer (2020) s. 51.

<sup>104</sup> Sak C-240/15 avsnitt 44.

<sup>105</sup> NOU 2023:6 s. 81. Også kalt utlikning.

<sup>106</sup> OECD (2022) s. 28.

<sup>107</sup> Ibid. s. 52 og EBA (2021) s. 14.

<sup>108</sup> Sześciło (2021) s. 213.

<sup>109</sup> Graver (2019) s. 248.

<sup>110</sup> Innjord (1996) s. 167 flg.

beslutningstakeren er overlatt hensiktsmessighetskjønn kan det være plass – og behov – for å vektlegge hensyn som er av politisk art. For slike vurderinger er det da heller ikke behov for at beslutningstakeren er politisk uavhengig. I rent faglige vurderinger, derimot, vil det være uheldig å vektlegge slike hensyn. Derfor er det for det første mindre betenkelig, med tanke på demokratisk legitimitet, å gi et uavhengig organ kompetanse til å utøve regelanvendelsesskjønn. Dessuten er det større behov for uavhengighet i slike faglige vurderinger, for eksempel ved regelanvendelsesskjønn i forståelsen av EU-rettslige regler.

Smith uttaler om skillet mellom regel og skjønn at «[d]en som i den enkelte sak må begrunne sine valg under henvisning til regler, er mindre fri enn den som kan behandle hver sak for seg». <sup>111</sup> Også vurderinger som gjøres etter fastsatte kriterier, vil inneholde et visst rom for fri vurdering – med mindre vurderingen er rent binær, altså så sterkt lovbundet at oppfyllelse av en betingelse innebærer en plikt for tilsynsorganet til å gi en viss rettsfølge. <sup>112</sup> Men en slik forståelse av skjønn vil føre til at kun oppgaver som kan utføres av roboter, er tilstrekkelig lovbundet til å legges til et uavhengig organ.

Formålet om tilsynskonvergens, eller ensartet tilsynspraksis i medlemsstatene, forsøkes oppnådd ved at sekundærretten som stiller krav om uavhengighet for de nasjonale forvaltningsorganene som skal håndheve reglene, angir tekniske og utfyllende regler. Jo mer inngående et område er regulert, jo mer uavhengig kan det håndhevende organet sies å være, fordi regelverket ikke gir rom for påvirkning utenfra. Samtidig begrenser utfyllende regelverk organets uavhengighet ved at det heller ikke er rom for dets egne vurderinger. Utfyllende regler sikrer kun lik tilsynspraksis der det ikke er rom for skjønn. <sup>113</sup> Etter hvert som det stilles strengere og tydeligere krav blir rommet for skjønn mindre, og aktøren blir, som Smith sier, *mindre fri*.

Det vil likevel alltid være ulike hensyn som gjør seg gjeldende på det indre marked. <sup>114</sup> Behovet for at finansmarkedet skal være trygt, må for eksempel veies opp mot behovet for å styrke konkurransen og lønnsomheten ved å delta på markedet. Dersom tilsynsorganet har flere oppgaver som kan være uforenelige med hverandre, kan selv nokså tekniske spørsmål måtte løses etter en bredere skjønnsmessig vurdering. <sup>115</sup> Løsningen som vil føre til størst grad av tilsynskonvergens mellom medlemsstatene i et slikt tilfelle er likevel at avveiningen mellom ulike hensyn gjøres på faglig grunnlag, heller enn på politisk grunnlag. Dette taler for politisk uavhengighet for tilsynsorganer som forvalter EU-retten. <sup>116</sup>

EU-domstolen har en rekke ganger anerkjent at forvaltningsorganer som nyter en viss grad av uavhengighet også kan utvise en viss grad av skjønn. <sup>117</sup> I fortalene til elektrisitetsdirektivet <sup>118</sup> og gassmarkedsdirektivet <sup>119</sup> pekte også EU-lovgiver på at foranledningen til de nye direktivene var at de nasjonale reguleringsmyndighetenes effektivitet hadde vært hemmet av manglende uavhengighet og «ikke [...]

<sup>111</sup> Smith (2012) s. 94.

<sup>112</sup> Innjord (1996) s. 165.

<sup>113</sup> Smaghi (2007) s. 58.

<sup>114</sup> Selv organer som er ment å ha rent tekniske og effektivitets-orienterte funksjoner vil ende opp med å forvalte en viss grad av skjønn. Se analogt om EU-finansbyråene i Moloney (2019) s. 87.

<sup>115</sup> Smaghi (2007) s. 52.

<sup>116</sup> Finanstilløvsutvalget anser at saker som kan medføre «behov for avveininger av ulike samfunnshensyn eller ha samfunnsmessige konsekvenser» bør være underlagt departementets alminnelige instruksjonsmyndighet, se NOU 2023:6 s. 152. Saker som krever teknisk-faglig skjønnsutøvelse, kan ifølge Finanstilløvsutvalget tale for å fjerne muligheten for instruksjon, se s. 150.

<sup>117</sup> Se for eksempel C-56/06, C-438/04 og C-227/07, i Lavrijssen og Ottow (2011) s. 85–87.

<sup>118</sup> Direktiv 2009/72/EF [Elektrisitetsdirektivet 2009 (tredje)].

<sup>119</sup> Direktiv 2009/73/EF [Gassmarkedsdirektivet 2009 (tredje)].

tilstrekkelige beføyelser og handlemuligheter».<sup>120</sup> Med andre ord må uavhengige organer gjerne utøve skjønn innenfor rammene EU-retten setter. I tilfeller hvor et uavhengig forvaltningsorgan er overlatt en del skjønn etter EU-retten, må organets kompetanse få bestå.<sup>121</sup> Medlemsstatene kan ikke begrense organets frie skjønn ved å regulere området som er åpent for skjønn i nasjonal rett uten at dette er et inngrep i organets uavhengighet.<sup>122</sup>

## 2.6 Oppsummering

Gjennomgangen i dette kapitlet har vist at uavhengighet er relativt og har flere sider. Ved fastleggelsen av innholdet i et uavhengighetskrav må man derfor se til graden av uavhengighet, hvem det kreves uavhengighet fra og hvilken type uavhengighet som kreves. I denne vurderingen blir også spørsmålet hvor stor grad av skjønn det uavhengige organet får utøve. Resultatet er at innholdet i et uavhengighetskrav må vurderes konkret, i lys av hensynene som ligger til grunn for kravet og det uavhengige organets funksjon. I neste kapittel vil jeg se på de særlige hensynene som gjør seg gjeldende i finansmarkedsreguleringen.

---

<sup>120</sup> Elektrisitetsdirektivet fortalepunkt 33 og gassmarkedsdirektivet fortalepunkt 29. På engelsk er ordlyden «insufficient powers and discretion», som kan oversettes til utilstrekkelig kompetanse og skjønn. Se flere eksempler på lovgivers anerkjennelse av uavhengige organers skjønnsmargin i Szydło (2012) s. 797.

<sup>121</sup> Sześciło (2021) s. 205.

<sup>122</sup> Se for eksempel sak C-424/07 avsnitt 79, 84, 94 og 99.



## 3 Hensynene bak finansregulering

### 3.1 Innledning

Et velfungerende marked bidrar til lavere kostnader forbundet med å fylle grunnleggende økonomiske behov for både enkeltpersoner, selskaper og myndigheter. Slike behov er for eksempel å foreta betalinger, ivareta formuesverdier og ha tilgang til kreditt.<sup>123</sup> Det finansielle markedets ve og vel er essensielt for alle nivå i samfunnet. Finanssektoren har for eksempel stor betydning som drivkraft for vekst og jobbskaping, og angår oss alle på grunn av transaksjoner, pengeproduksjon, lån og sparing.<sup>124</sup> Det indre marked muliggjør transaksjoner og etableringer i hele det området det indre marked omfatter. Det er altså i medlemsstatenes interesse at det indre finansmarkedet fungerer godt, og ikke minst at så mange som mulig, også EFTA-statene, deltar. Men med et større marked oppstår også et større behov for regulering. EU har som nevnt i kapittel 1.2 et omfattende regelverk for finanssektoren. Økt regelverksomfang innebærer også at behovet for å prioritere hvilke regler det særlig skal utøves tilsyn med, har økt.<sup>125</sup>

Tettere koordinering av tilsynsorganene har vært en forutsetning for et styrket indre marked for finansielle tjenester.<sup>126</sup> Europeisk samordning av finansregulering er viktig fordi markedsaktørene vil etablere seg i det landet som har den mest lønnsomme reguleringspraksisen, det vil si den som stiller færrest krav til markedsaktørene.<sup>127</sup> I forbindelse med opprettelsen av EU-finansbyråene understreket Kommisjonen formålet om å fastlegge felles regler i hele EU for å sikre finansiell stabilitet og like vilkår, samt et høyt nivå av forbruker- og investorbekyttelse.<sup>128</sup> På det indre marked oppstår også faren for et reguleringsmessig *race to the bottom*, eller kappløp mot bunnen, som innebærer at medlemsstatene senker kvaliteten på tilsynet for å tiltrekke seg flere banker, noe som vil øke risikoen for svekket finansiell stabilitet på globalt plan.<sup>129</sup> Lik tilsynspraksis kan ikke oppnås dersom medlemsstatene er frie til å ta individuelle politiske avgjørelser om tilsyn. Dette er bakgrunnen for behovet for uavhengighet i forbindelse med de relevante organers tilsynsvirksomhet.

I dette kapitlet skal jeg se på bankenes samfunnsfunksjon og hensynene som ligger til grunn for internasjonale anbefalinger og EØS-rettslige regler som søker å trygge det indre marked og det globale markedet. I kapittel 3.2 vil jeg peke på viktige trekk ved bankers samfunnsfunksjon. De fleste næringssektorer påvirker riktignok mange forhold i samfunnet, men banksektoren er spesiell ved at den er knyttet til all annen næring. Deretter ser jeg i kapittel 3.3 på de ulike kravene til kapital som oppstilles i CRR og CRD IV og hvilken funksjon de er ment å ha. Gjennomgangen vil vise at kapital- og bufferkravene EØS-retten oppstiller er detaljerte krav med spesifikke formål og faglig begrunnelse. Der det er rom for skjønnsmessige vurderinger, er dette ikke hensiktsmessighetsskjønn, men regelanvendelsesskjønn. Som vist i kapittel 2.5 er det ikke like betenkelig, ut fra hensynet til demokratisk legitimitet og politisk ansvar, å gi et organ uavhengighet ved utøvelsen av regelanvendelsesskjønn. Avslutningsvis vil jeg i kapittel 3.4 si noe om betydningen av samordning av praksis mellom medlemsstatene. Dette

<sup>123</sup> NOU 2023:6 s. 29.

<sup>124</sup> Se f. eks. COM/1999/232 final s. 4 og forordning (EU) nr. 1092/2010 (ESRB-forordningen) fortalespunkt 1.

<sup>125</sup> NOU 2023:6 s. 32.

<sup>126</sup> COM/1999/232 final s. 4.

<sup>127</sup> Armour mfl. (2016) s. 14.

<sup>128</sup> COM/2017/536 final s. 4. Se mer om EU-finansbyråene i kapittel 4.3.4.

<sup>129</sup> COM/2021/663 final s. 1.

er et hensyn som gjør seg sterkt gjeldende som begrunnelse for EØS-rettslige uavhengighetskrav, noe jeg kommer tilbake til i kapittel 4.

### 3.2 Bankers samfunnsfunksjon

CRD IV og CRR fastsetter en rekke regler for adgang til å utøve virksomhet som «kredittinstitusjon» og regler for tilsyn med disse institusjonene. Med kredittinstitusjon menes ifølge CRR artikkel 4 (1) (1) virksomheter hvis aktivitet består i å ta imot innskudd eller andre midler fra offentligheten som skal tilbakebetales, og i å yte lån for egen regning.<sup>130</sup> Dette er aktiviteter som kjennetegner virksomheten til en bank. Derfor vil jeg kort si noe om hva en bank er.

Bankvirksomhet baserer seg på at banken påtar seg forpliktelser i form av innskudd fra privatinnskytere og institusjonelle investorer og bruker dem til å yte mellom- og langsiktige lån til bedrifter og husholdninger.<sup>131</sup> Til gjengjeld får innskyterne renter, mens låntakerne betaler renter til banken. Rentene gir insentiv til å sette inn penger, til å låne ut penger, og ikke minst til å betale tilbake penger man har lånt. I praksis transformerer banken kortsiktig finansiering til langsiktige lån (forfallstransformasjon), likvid gjeld som innskyteren raskt kan skaffe til veie til langt mindre likvide lån (likviditetstransformasjon), og risikofrie innskudd til lån med høyere risiko (kredittransformasjon).<sup>132</sup> Transformasjonen skjer mellom passivasiden med innskudd og aktivasiden med utlån. Denne transformasjonen muliggjør verdiskapning, både i form av investeringsmidler og bedre forvaltning av privates midler. Det er imidlertid også en risikabel prosess, fordi transformasjonsfunksjonen fører til at svikt på aktivasiden vil påvirke passivasiden også, og omvendt.<sup>133</sup> Hvis nok låntakere misligholder, vil banken tape innskyternes penger. Hvis innskyterne trekker ut alle pengene sine samtidig, en såkalt *bank run* eller kundeflukt, har ikke banken penger å yte til låntakerne. Bankkonstruksjonen er i sin natur skjør.<sup>134</sup> Dersom flere finansforetak blir insolvente eller illikvide samtidig, utløses kriser som kan strekke seg ut i realøkonomien.<sup>135</sup> For å ivareta samfunnets grunnleggende behov for at banker ikke går konkurs, stiller finansreguleringsretten strenge krav til hvem som får opptre i rollen som bank, og til hvordan denne oppgaven skal forvaltes.

Blant kravene som stilles er særlig kapitalkravene som oppstilles i CRR viktige. Ansvarlig kapital er egenkapital og andre former for kapital som kan dekke tap ved løpende drift.<sup>136</sup> Kapitalkravene bygger på grunnideen om at den ansvarlige kapitalen skal tilsvare en minimumsandel av bankens aktiva og dermed øke sjansene for at banken skal kunne absorbere tap på passivasiden som følge av utlånsvirksomhet på aktivasiden, og slik unngå insolvens.<sup>137</sup> Jo større ansvarlig kapital en bank har, jo mindre blir faren for insolvens, fordi tapet kan dekkes av den ansvarlige kapitalen – det absorberes. Dersom banken til enhver tid hadde hatt like mye egenkapital som det den lånte ut, ville den imidlertid mistet transformasjonsfunksjonen. Egenkapitalen dekker derfor bare en liten andel av bankens aktiva. Dermed sprer en svikt seg veldig raskt mellom sidene, hvor det er overvekt av privatpersoners interesser på den ene siden og overvekt av større næringsinteresser på den andre – og forplanter seg dermed over hele samfunnet.

<sup>130</sup> CRR artikkel 4 (1) (1), jf. CRD IV artikkel 3 (1) (1).

<sup>131</sup> Armour mfl. (2016) s. 290.

<sup>132</sup> Ibid. (2016) s. 290.

<sup>133</sup> Ibid. (2016) s. 291.

<sup>134</sup> Ibid. (2016) s. 290.

<sup>135</sup> NOU 2023:6 s. 30

<sup>136</sup> EBA (u. å. B).

<sup>137</sup> Armour mfl. (2016) s. 296.

Tilsvarende vil en kundeflukt føre til bankkrise fordi banken ikke sitter på alle pengene som er satt inn. Banken vil måtte reagere med å forsøke å selge fordringene sine videre for å skaffe kapital raskt. Men med så stort press til å selge, vil dette påvirke prisen banken kan få for fordringen negativt. Dermed ender banken opp med mindre verdier enn den skylder. Dette er også et tap som kan absorberes av egenkapital.<sup>138</sup> Det gjenstående tapet vil i stor grad måtte bæres av kundene, med mindre andre mekanismer slår inn. Et ferskt eksempel på dette er Silicon Valley Bank som kollapset 10. mars 2023 som følge av kundeflukt.<sup>139</sup> Banken baserte seg på innskudd fra kunder og langsiktige lån til start-up-firmaer i teknologibransjen. Når banken ikke taklet de store renteøkningene og ikke lyktes i å skaffe mer kapital, utløste ryktet om at banken ikke hadde tilstrekkelige midler en bankflukt.<sup>140</sup> Dette ble ødeleggende for banken som ikke hadde tilstrekkelig kapital til å dekke alle innskuddene kundene forsøkte å ta ut. Når finansforetak ikke takler forpliktelsene sine, går dette ut over kundene og kreditorene til foretaket. I tillegg risikerer aksjeeierne å miste egenkapitalen sin slik at investeringene deres blir verdiløse.

Aksjonærene i en bank i krise vil også måtte tåle tap av aksjeverdier. Dette er viktig for at bankeiere og ledere skal ha insentiv til å unngå uforvarlig risiko.<sup>141</sup> For eksempel må tapet for private aksjonærer i den norske bankkrisen i 1991–1993 ifølge Aamo sees i sammenheng med at aksjonærene ikke hadde sørget for styrer og ledelse som sikret forsvarlig bankdrift.<sup>142</sup> I tillegg må staten, for å forebygge slike kriser, bidra med blant annet kapital- og risikoregulering.

### 3.3 Regelverket om kapitalkrav

#### 3.3.1 Om Basel III-anbefalingene

Hovedformålet med EUs finanssektorregelverk er å sikre en enhetlig anvendelse av Basel III-anbefalingene i alle medlemsstatene. Basel III er navnet på globale reguleringsstandarder for bankers ansvarlige kapital og likviditet, gitt av Baselkomiteen for finanstilsyn i 2010.<sup>143</sup> anbefalingen bygger på lærdom fra finanskrisen i 2008 og søker å rette opp regulatoriske svakheter fra tida før krisen. Reguleringsstandardene innebærer blant annet innføring av kapitalbevaringsbuffer og kontrasykliske kapitalbuffer i tillegg til videreføring eller skjerping fra tidligere Basel-anbefalinger.<sup>144</sup> Baselkomiteen er internasjonale standardsettere og anbefalingene respekteres av de fleste land i verden.<sup>145</sup> I EU er de også gjennomført i CRD IV og CRR. Dermed er Basel-kravene til ansvarlig kapital rettslig bindende i medlemsstatene.<sup>146</sup>

Basel III er delt i tre pilarer. Pilar 1 er gjennomført i CRR og angir løpende minstekrav til ansvarlig kapital og risikodekning.<sup>147</sup> Formålet med å styrke regelverket om ansvarlig kapital, er å gjøre bankene tilstrekkelig motstandsdyktige til å tåle

<sup>138</sup> Armour mfl. (2016) s. 291.

<sup>139</sup> Reuters (2023a).

<sup>140</sup> Reuters (2023b). Ifølge nyhetsbyrået Reuters ble bankflukten i stor grad ble spredd på sosiale medier. Dette er nok et eksempel på hvordan digitalisering og globalisering forandrer finansmarkedet.

<sup>141</sup> Aamo (2016) s. 45.

<sup>142</sup> Ibid. s. 43.

<sup>143</sup> Jeg vil ikke behandle likviditetsanbefalingene.

<sup>144</sup> CRD IV fortalepunkt 79. Tidligere anbefalinger gjelder blant annet krav til ansvarlig egenkapital.

<sup>145</sup> Armour mfl. (2016) s. 295.

<sup>146</sup> Statene som er medlemmer i Baselkomiteen forplikter seg til å implementere og anvende Basel-anbefalingene, se BIS (2018) nr. 5 (e). Norge er ikke medlem i Baselkomiteen. Dette har imidlertid ikke noe å si, all den tid EU gjennomfører baselstandardene i sekundærretten.

<sup>147</sup> BCBS (2010).

usikkerhet og tap, for igjen å unngå at risiko i finanssektoren materialiserer seg og at dette forplanter seg i realøkonomien.<sup>148</sup> Pilar 2 er gjennomført i CRD IV og handler om tilsynsmyndigheters kompetanse til å drive risikobasert tilsyn hos den enkelte finansinstitusjon. Pilar 3 er også gjennomført i direktivet og handler om markedsdisiplin og offentliggjøring. I tillegg er formålet risikostyring og å fremme åpenhet. I tillegg introduserer Basel III krav om kapitalbuffere som også er gjennomført i CRD IV. CRR er en nyskaping i EU ved at den fastsetter kapital- og likviditetskrav i forordnings form.<sup>149</sup> Dette er et skille fra tidligere, da medlemsstatene selv fikk utøve skjønn ved implementeringen av kapitalkrav fra direktiv inn i nasjonal lovgivning.<sup>150</sup>

I de neste tre punktene vil jeg gjennomgå Basel III-anbefalingene slik de er gjennomført i CRD IV og CRR. Pilar 1-kravene er faste felles minstekrav til ansvarlig kapital for alle banker, se kapittel 3.3.2. Bufferkravene er også felles for alle banker, men kan justeres etter behov, se kapittel 3.3.3. Pilar 2-kravene er foretaks-spesifikke og bestemmes etter en grundig vurderingsprosess for hver bank, se kapittel 3.3.4. Pilar 3 oppstiller åpenhetskrav. Dette er en lite inngripende del av regelverket som ikke er relevant for avhandlingen, og vil derfor ikke bli behandlet videre.

### 3.3.2 Pilar 1: Kapital og risikodekning

Regler om ansvarlig kapital gjelder alle banker. Ansvarlig kapital består av tre kategorier kapital: ren kjernekapital<sup>151</sup>, annen godkjent kjernekapital<sup>152</sup> og tilleggs-kapital<sup>153</sup>.

Helt siden 90-tallets Basel I-anbefalinger har kravet til den samlede kapitaldekningen vært på 8 %, men sammensetningen av disse 8 prosentene har blitt endret.<sup>154</sup> Før finanskrisen var kravet til kredittinstitusjoners rene kjernekapital bare en dekning på 2 %.<sup>155</sup> I Basel III, og dermed også i CRR, er kravet til ren kjernekapital-dekning hevet til 4,5 %.<sup>156</sup> Dette er en kraftig økning fra før finanskrisen, og er et tydelig utslag av lærdom fra krisen. Kravet til den totale kjernekapitaldekningen, det vil si ren kjernekapital sammenlagt med annen godkjent kjernekapital, er 6 %.<sup>157</sup> De siste to prosentene kan bestå av tilleggskapital.

Kravene gjelder som de står i forordningen.<sup>158</sup> De nasjonale finanstilsynenes oppgave knyttet til disse generelle kapitalkravene er derfor kun tilsyn med om kravene er oppfylte og byr ikke på noen skjønnsmessig vurdering.

### 3.3.3 Bufferkrav

I tillegg introduserte Basel III også en del kapitalbuffere som fører til at den rene kjernekapitalen må økes til 7 %.<sup>159</sup> En av forskjellene på kapitalkrav og krav

<sup>148</sup> Basel III (2010) avsnitt 1.

<sup>149</sup> CRR fortalepunkt 12.

<sup>150</sup> Alexander (2020) s. 1075.

<sup>151</sup> På engelsk Common Equity Tier 1 (CET1), CRR artikkel 26 flg. CET1 er innskutt og opptjent egenkapital og andre tilsvarende reserver, som for eksempel fond som kan anvendes til dekning av risiko eller tap umiddelbart, se CRR artikkel 26 (1).

<sup>152</sup> På engelsk Additional Tier 1 (AT1), CRR artikkel 51 flg. AT1 omfatter kapitalinstrumenter, forutsatt at en rekke vilkår i CRR artikkel 52 er oppfylt, se CRR artikkel 51.

<sup>153</sup> På engelsk Tier 2 (T2), CRR artikkel 62 flg. T2 skal bestå av kapitalinstrumenter og etterstilte lån, ansvarlig lånekapital, og generelle tapsreserver. Forutsetningen for at T2-instrumentene skal være godkjent, er at samtlige vilkår i forordningens artikkel 63 er godkjent, se CRR artikkel 62.

<sup>154</sup> Som fastsatt i CRR artikkel 92 (1) (c). Armour mfl. (2016) s. 305.

<sup>155</sup> Armour mfl. (2016) s. 305.

<sup>156</sup> CRR artikkel 92 (1) (a).

<sup>157</sup> CRR artikkel 92 (1) (b).

<sup>158</sup> jf. TEUV artikkel 288 (2) og EØS-avtalens artikkel 7 (a).

<sup>159</sup> CRD IV artikkel 129 og CRR artikkel 92 (1) (a).

til kapitalbuffer er at mens manglende overholdelse av kapitalkravene vil føre til at banken mister sin tillatelse, kan banken likevel fortsette sin virksomhet til tross for manglende kapitalbuffer. Konsekvensen av manglende overholdelse av kravet om kapitalbuffer er at eierne ikke vil kunne ta ut bonus eller overskudd fra virksomheten før bufferen er bygget opp igjen.<sup>160</sup> Basel III skiller mellom fire typer buffere: Bevaringsbuffer,<sup>161</sup> motsyklisk buffer,<sup>162</sup> buffer for systemviktige institusjoner<sup>163</sup> og systemrisikobuffer<sup>164</sup>.

Bevaringsbuffer og motsyklisk buffer er regulering på makronivå som treffer hele markedet, enten globalt eller nasjonalt, mens kravet til bevaringsbuffer gjelder alle banker hele tiden.<sup>165</sup> Bufferen er ment å bøte på at banker tidligere har vist seg å ha en prosyklisk funksjon i nedgangstider, ved at de låner ut mindre for å kutte aktiva og dermed forsterker svingningene i økonomien, noe som påvirker markedet negativt.<sup>166</sup> Bevaringsbufferen virker slik at bankene sparer opp kapital i gode tider som igjen kan absorbere tap i dårligere tider. Bufferkravet kan bidra til å dempe banksystemets iboende tendens til å forsterke en nedgangskonjunktur.<sup>167</sup> Nasjonale myndigheter kan også pålegge alle banker å oppfylle kravet til motsyklisk kapitalbuffer i visse perioder.<sup>168</sup> Formålet er, i likhet med bevaringsbufferen, å motvirke bankers prosykliske effekt. Forskjellen er at motsyklisk kapitalbuffer skal spares opp i oppgangstider. På denne måten tvinges bankene til å handle restriktivt, selv om markedet går veldig godt. Dette fører til at bankene ikke gir etter for gode tider og gir flere lån enn de vil være i stand til å takle senere, når markedet går nedover. Kravet til buffer for systemviktige institusjoner kan gjelde for globale eller andre institusjoner, dersom de er i posisjon til å påvirke det globale eller lokale markedet mer enn andre banker.<sup>169</sup> Systemrisikobufferen skal forhindre bankers strukturelle sårbarhet.<sup>170</sup>

Buffersatsene fastsettes og justeres etter markedsforholdene. Direktivet åpner for at et annet organ enn det uavhengige finanstilsynet gjør dette.<sup>171</sup> Dette kan være fordi bufferbestemmelsene åpner for hensiktsmessighetsvurderinger som politiske myndigheter kan ønske å påvirke.<sup>172</sup>

### 3.3.4 Pilar 2: Risikostyring og tilsyn

I tillegg til minstekravene til ansvarlig egenkapital etter pilar 1, oppstiller pilar 2 krav om risikobasert vurdering og tilsyn. Foretakene skal gjennomføre en intern kapitalvurderingsprosess som tar hensyn til andre risikoer som ikke er omfattet av minimumskravene.<sup>173</sup> Nasjonale relevante organer skal evaluere foretakenes egne vurdering.<sup>174</sup> Som resultat av denne prosessen kan tilsynsorganet vedta foretaks-spesifikke kapitalkrav for hver enkelt bank. En grunn til å vedta tilleggskrav er for eksempel at instituttet etter finanstilsynets vurdering er eksponert for risikoer

<sup>160</sup> CRD IV artikkel 141 (2) og (3), jf. artikkel 129 (6).

<sup>161</sup> På engelsk Capital Conservation Buffer (CCB).

<sup>162</sup> På engelsk Counter-Cyclical capital buffer CCCB.

<sup>163</sup> På engelsk Global Systematically Important Bank (G-SIB) buffer eller Domestic Systematically Important Bank (D-SIB) buffer.

<sup>164</sup> På engelsk: Systemic risk buffer (SyRB).

<sup>165</sup> CRD IV artikkel 129, jf. artikkel 128 (1) (1).

<sup>166</sup> NOU 2023:6 s. 26.

<sup>167</sup> Ibid. s. 28.

<sup>168</sup> CRD IV artikkel 130, jf. artikkel 128 (1) (2).

<sup>169</sup> CRD IV artikkel 131, jf. artikkel 128 (1) (3) og (4).

<sup>170</sup> CRD IV artikkel 133, jf. artikkel 128 (1) (5) og Norges Bank (2022).

<sup>171</sup> I Norge er Finansdepartementet den utpekte myndighet, jf. finansforetaksloven § 14-3 (2)-(4).

<sup>172</sup> Se CRD IV artikkel 129-131.

<sup>173</sup> På engelsk Internal Capital Adequacy Assessment Process (ICAAP), se CRD IV artikkel 73.

<sup>174</sup> På engelsk Supervisory Review Evaluation Process (SREP), se CRD IV artikkel 97, jf. artikkel 98.

eller risikoelementer som ikke er omfattet av minimumskravene.<sup>175</sup> Et pilar 2-krav kommer i tillegg til minstekrav og bufferkrav.<sup>176</sup> Bruken av direktiv innebærer at medlemsstatene er overlatt skjønnet ved implementeringen av disse reglene, i motsetning til kapitalkravene som er fastsatt i forordnings form.<sup>177</sup>

Foretaksspesifikke evalueringer og kapitalkravsvedtak er tilsyn på mikronivå. Det utgjør også den kanskje mest fleksible delen av kapitalkravsregelverket. Den tette integreringen av det indre marked for finansielle tjenester, hvor markedsaktørene får yte grensekryssende tjenester, byr på nye utfordringer som ikke ble aktualisert da markedene i større grad var nasjonale. Siden markedsaktørene som nevnt innledningsvis alltid vil forsøke å finne og utnytte det beste regulatoriske miljøet som er tilgjengelig, må reguleringen være dynamisk, i tillegg til samordnet, slik at smutthull tettes og samfunnsendringer blir hensyntatt i reguleringen.<sup>178</sup> Derfor er de relevante organene overlatt skjønnet ved prioriteringen av hvilke virksomheter som skal underlegges strengest tilsyn, basert på en risikobasert tilnærming.<sup>179</sup> Manglende dynamikk i finansreguleringen var ifølge Armour mfl. en av finansreguleringens tilkortkommenheter i tida før finanskrisen. De nye kapitalkravreglene i CRD IV og CRR tar hensyn til mangfoldet av institusjoner og innebærer en «betydelig forbedring når det gjelder kredittrisikoreglens risikofølsomhet og tilsynsmessige kvalitet».<sup>180</sup> Finanstilløvsutvalget understreker også at dersom tilsyn med feil regler prioriteres til feil tidspunkt, må det antas at effekten av tilsyn kan bli lav.<sup>181</sup> Dette er et eksempel på skjønnet hos tilsynsmyndighetene som åpner for spenninger mellom politikk og fag.

Det er vanskelig å skille mellom fag og politikk.<sup>182</sup> Men om man anerkjenner at politikk blant annet innebærer et behov for å lykkes kortsiktig for å få ny tillit i neste valg, ser man at politiske hensyn kan føre til kortsiktige prioriteringer. En slik prioritering kan for eksempel være å tiltrekke seg flest mulig foretak på det nasjonale markedet. Et organ som skal gjøre rent faglige prioriteringer har på den annen side rom for å tenke mer langsiktig, og ta hensyn til risikoen for at tiltak som gjør det nasjonale markedet mer attraktivt, også kan gjøre det mer sårbart. På et marked som EØS kan det oppstå en indirekte, negativ konkurranse, i den forstand at lavkvalitets tilsyn blir et konkurransefortrinn, fordi foretak som ikke er underlagt strengt tilsyn vinner markedsandeler fra foretak som er underlagt streng kontroll.<sup>183</sup> Behovet for å skjerme tilsynsorganene fra politisk innflytelse har sammenheng med at medlemsstatene er preget av svært ulike politiske tradisjoner og tendenser til enhver tid.

### 3.4 Betydningen av samordning av praksis

Betydningen av samordning av praksis har sammenheng med at en regulering basert på prinsippet om hjemstatskontroll og gjensidig anerkjennelse kan utnyttes. Det følger av CRD IV artikkel 33 at medlemsstatene skal sørge for at virksom-

<sup>175</sup> CRD IV artikkel 104a (1) (a)

<sup>176</sup> CRD IV artikkel 104 (1) (a). Gjennomført i norsk rett i finansforetaksloven § 13-6, se NOU 2023:6 s. 150.

<sup>177</sup> Direktivet er ikke totalharmoniserende, se CRD IV fortalepunkt 15 som sier at det er «hensiktsmessig å begrense harmoniseringen til det som er nødvendig og tilstrekkelig for å sikre gjensidig anerkjennelse av tillatelser og tilsynsordninger som gjør det mulig å gi en enkelt tillatelse som er gyldig i hele Unionen, og å anvende prinsippet om tilsyn ved hjemstatens tilsynsmyndigheter.»

<sup>178</sup> Armour mfl. (2016) s. 13.

<sup>179</sup> Alexander (2016) s. 1077.

<sup>180</sup> CRR fortalepunkt 42.

<sup>181</sup> NOU 2023:6 s. 32.

<sup>182</sup> Sæthern (2022) drøfter for eksempel på s. 27 skillet mellom «jus» og «politikk» i energispørsmål og viser at det kan være vanskelig å trekke et tydelig skille.

<sup>183</sup> NOU 2023:6 s. 33.

heter som er omfattet av gjensidig anerkjennelse og som har tillatelse fra og er underlagt det relevante organ i en annen medlemsstat, kan utøve sin virksomhet på deres territorium. Tillatelse fra én medlemsstat åpner altså dørene til alle de andre medlemsstatene. I dette kapitlet vil jeg gi noen eksempler på hvordan dette kan true den finansielle stabiliteten på markedet.

Dersom en medlemsstat oppstiller mindre strenge krav for tillatelse eller er mer lemfeldig i tilsynet enn det som følger av direktivet, vil denne medlemsstaten være mer attraktiv for virksomheter som vil søke om tillatelse. En medlemsstat hvor det relevante organ er løssluppen med å gi tillatelser, vil kunne lokke mange aktører til medlemsstaten. Dette vil igjen være positivt for det nasjonale markedet. Dersom en medlemsstat gir tillatelse uten at alle vilkår er oppfylt, vil denne tillatelsen anerkjennes i og gi institusjonen innpass på alle medlemsstatenes markeder. Konsekvensene av at en slik institusjon ikke tåler stressituasjoner og blir insolvent, vil dermed spre seg over landegrensene innad i det indre marked. En bekymring forbundet med politisk innflytelse på de relevante organene er at nasjonale interesser, som interessen om å tiltrekke seg mange aktører til medlemsstaten, kan trekke i en annen retning enn hensynet til stabilitet på hele det indre marked. Det er en kjensgjerning at tilsynets håndhevelse vil kunne påvirke konkurransesituasjonen i hver medlemsstat. Det har skjedd at medlemsstater har forsøkt å få en konkurransefordel ved å praktisere mindre strenge kapitalkrav på visse risikoområder.<sup>184</sup> Reglene i CRD IV og CRR er ment å forhindre slik utnyttelse og å forebygge alvorlige konsekvenser.

En annen side av saken er tilfeller hvor medlemsstater – helt lovlig – har valgt å stille strengere krav enn det direktivet og forordningen oppstiller.<sup>185</sup> Om det for eksempel gjelder særlig strenge krav for etablering eller føres særlig strengt tilsyn i én medlemsstat, kan dette gi en kredittinstitusjon som ønsker tilgang til markedet i denne medlemsstaten insentiv til å etablere seg i en annen medlemsstat hvor det er enklere å få tillatelse, eller hvor det ikke føres like strengt tilsyn. Dersom det er forhold ved en virksomhet som klart viser at en kredittinstitusjon prøver å omgå en medlemsstats nasjonale regler på denne måten, skal det relevante organ som oppdager dette, avslå søknaden om tillatelse.<sup>186</sup> Samordning handler altså ikke bare om konvergens av regler og praksis, men om lojalitet og samarbeid mellom tilsynsorganene til å takle de ulikhetene som finnes mellom medlemsstatene.

Det finnes mange utslag av formålet om samordning i CRD IV. Et eksempel er artikkel 16 (1). Bestemmelsen sier at det relevante organ, før det gir tillatelse til en kredittinstitusjon, skal rådspørre de relevante organene i andre medlemsstater dersom kredittinstitusjonen har visse typer tilknytning til kredittinstitusjoner med tillatelse i de andre medlemsstatene. I forbindelse med vurderingen av aksjeeierens egnethet etter artikkel 14 (2) og omdømmet og erfaringen til medlemmer av ledelsesorganet som fastsatt i artikkel 91 (1) skal de kompetente myndighetene også utveksle alle relevante opplysninger.<sup>187</sup> Tilsvarende skal de berørte relevante organene ifølge artikkel 24 arbeide i fullt samråd med hverandre når de foretar vurderingen av planlagte erverv av kvalifiserende eierandel i en kredittinstitusjon etter artikkel 22, så lenge den aktuelle erververen har en viss tilknytning til en kredittinstitusjon i en annen medlemsstat. Med slikt samarbeid unngår man at ulik tilgang på informasjon fører til vilkårlig tilsyn i medlemsstatene. I tillegg sikres rettfærdige konkurransevilkår på det indre marked.<sup>188</sup>

<sup>184</sup> Alexander (2020) s. 1075, fotnote 22.

<sup>185</sup> Særlige nasjonale tilleggskrav for utøvelse av etableringsretten og adgangen til å yte tjenester i vertsstaten må være forenlig med unionsretten og være begrunnet i hensynet til allmennhetens interesse, jf. CRD IV fortalepunkt 21.

<sup>186</sup> CRD IV fortalepunkt 16.

<sup>187</sup> CRD IV artikkel 16 (3).

<sup>188</sup> CRR fortalepunkt 33 og 34.

### 3.5 Oppsummering

Som vist har bankene en viktig samfunnsfunksjon, men også et stort ansvar. Minimumskravet om 8 prosent dekning av ansvarlig kapital vil ikke garantere at en bank overlever krise, men det øker sjansene for overlevelse.<sup>189</sup> De nasjonale tilsynsorganenes tilsynsmyndighet til å vedta fleksible krav i artikkel CRD IV artikkel 104a kan øke sjansene enda litt mer, ved at det fremmer bankenes internkontroll og tilpasses spesifikk risiko. De ulike reglene viser også hvordan samspillet mellom tilsyn og regulering på mikro- og makroperspektiv er ment å sikre markedets stabilitet. Makrotilsyn gir ikke mening dersom det ikke på noen måte har innvirkning på mikrotilsynet, og motsatt.<sup>190</sup>

Vurderingene som gjøres i forbindelse med pilar 2-vedtak er teknisk og faglig kompliserte, og graden av skjønn som er overlatt til tilsynsorganet er av teknisk og faglig art. Sammenholdt med behovet for samordning og samarbeid mellom medlemsstatene kan dette i seg selv tale for politisk uavhengighet. Slik uavhengighet kan underbygge tilliten til organet. Dette gjelder både markedsaktørers tillit til organet som fører tilsyn med dem og de andre tilsynsorganenes tillit til hverandre. Tillitvekkende tilsynsorganer vil også bidra til økt tillit i befolkningen til foretakene og markedene som er underlagt tilsyn, noe som igjen fremmer finansiell stabilitet ved at foretakene får mer stabil tilgang på kunder og kapital.<sup>191</sup>

Gjennomgangen viser særlig tre ting: For det første at et trygt finansmarked er viktig, både nasjonalt og i det store bildet. For det andre at kapitalkravsregelverket åpner for skjønnsmessige vurderinger av faglig art. Dette er rent regelansvaretsmessig, ikke hensiktsmessighetsmessig. For det tredje viser hensynet til samordning at finansiell stabilitet på det indre marked og globalt kun kan oppnås gjennom ensartet praksis. Hensyn som gjør seg gjeldende på det indre marked skiller seg altså fra nasjonale begrunnelser for ulike forvaltningsstrukturer. Dette utdypes nærmere i kapittel 4. I kapittel 5 kommer hensynet til samordning og ensartet praksis til sin rett som selve formålet med CRD IV og CRR, se kapittel 5.3.2.

---

<sup>189</sup> Armour mfl. (2016) s. 315.

<sup>190</sup> De Larosièrè Report (2009) s. 38.

<sup>191</sup> NOU 2023:6 s. 31.



## 4 Uavhengighetskravet i sekundærretten og EU-domstolens praksis

### 4.1 Innledning

I dette kapitlet undersøker jeg innholdet i det EØS-rettslige uavhengighetskravet i ulike sektorer og vurderer hva som er spesifikt for den konkrete sektoren og hva som kan gjelde generelt. I kapittel 4.3 viser jeg hvordan EØS-rettslige uavhengighetskrav begrunnes, særlig i forbindelse med opprettelsen av EU-byråer, og hvilke skranker EØS-retten setter for å gi kompetanse til uavhengige organer. Som forklart i kapittel 1.4 er EØS-retten sammenfallende med EU-retten med mindre det foreligger tvingende grunner for en annen løsning i EØS-retten enn i EU-retten.

### 4.2 EØS-rettens krav om «uavhengighet»

#### 4.2.1 Innledning

I sekundærretten oppstilles krav om at visse avgjørelser på noen områder må treffes av mer eller mindre uavhengige forvaltningsorganer.<sup>192</sup> Innholdet i kravet om uavhengighet må tolkes i lys av hver enkelt rettsakt.<sup>193</sup> Likevel har det mye for seg å se til tolkningen og praktiseringen av andre rettsakter som inneholder tilsvarende krav. EU-lovgiver ser som regel til eksisterende sekundærrett i forbindelse med arbeid med ny EU-lovgivning, med mål om å lage et helhetlig regelverk.<sup>194</sup> Uavhengighetskravet i CRD IV er foreløpig ikke behandlet av EU-domstolen, men det er uavhengighetskrav i andre sektorer. Personvern, energi, telekommunikasjon og jernbane er blant områdene hvor innholdet i sekundærrettens uavhengighetskrav er blitt fastlagt av EU-domstolen. Disse avgjørelsene kan gi innblikk i EU-domstolens syn på uavhengighet. I tillegg utdypes flere av rettsaktene uavhengighetskravet.<sup>195</sup>

I tillegg til den generelle forståelsen av begrepet, presenterer EU-domstolen som regel en sektorspesifikk forståelse av uavhengighetskravet. Finanstilsynslovutvalget advarer mot å vektlegge rettspraksis som ikke gjelder finansmarkedsområdet utover den generelle tolkningen av begrepet «uavhengighet», fordi andre hensyn vil gjøre seg gjeldende på andre områder.<sup>196</sup> Men et blikk på EU-domstolens praksis vil kunne føre til en robust tolkning av det forholdsvis nye og lite omtalte uavhengighetsbegrepet i CRD IV, fordi vi kan se en utvikling og forutse hvilken vei det kan bære, også i finanssektoren.<sup>197</sup>

Personvernreglene er et eksempel på at EU-lovgiver inntar og kodifiserer EU-domstolens presiseringer av innholdet i uavhengighetskravene.<sup>198</sup> Av Kommisjonens forslag som ble framlagt i 2012 framgår det at et formål med nytt personverndirektiv var å presisere betingelsene for uavhengighet i overensstemmelse med EU-domstolens praksis om det tidligere personverndirektivets krav om «full

<sup>192</sup> Eriksen og Fredriksen (2019) s. 176.

<sup>193</sup> Ibid. s. 176.

<sup>194</sup> Ibid. s. 18, fotnote 14.

<sup>195</sup> Men det er forskjeller i det nærmere innholdet i uavhengighetskravet innen ulike deler av EU/EØS-retten, se Vedlegg 11 til NOU 2019:5, fotnote 1392.

<sup>196</sup> NOU 2023:6 s. 142.

<sup>197</sup> Eriksen og Fredriksen (2019) s. 18.

<sup>198</sup> Se for eksempel GDPR kapittel VI som kodifiserer EU-domstolens praksis om fortolkningen av personverndirektivets artikkel 28 når den fastslår at tilsynet skal utføre sine oppgaver og utøve sin myndighet etter forordningen i full uavhengighet og deretter utdypes innholdet i begrepet «uavhengighet». Her oppstilles krav til medlemmene av tilsynsmyndighetene og til medlemsstatenes tilrettelegging. Med medlem menes tilsynsmyndighetens øverste leder, jf. artikkel 53, se Jarbekk (2019) s. 402.

uavhengighet».<sup>199</sup> Dette kommer også tydelig fram av resultatet av initiativet, som ikke ble et nytt direktiv, men personvernforordningen GDPR.

#### 4.2.2 Uavhengighet som generelt begrep

EU-domstolen omtalte i sak C-518/07 de kompetente tilsynsmyndighetene på personvernområdet som «de grunnleggende rettigheter og frihedsrettigheters vokter» som skal sikre en likevekt mellom overholdelsen av den grunnleggende rett til privatlivets fred og hensynet til fri utveksling av personopplysninger over landegrensar.<sup>200</sup> Det er nok dette som ligger til grunn for at et av de første eksemplene på at EU-lovgiver begynte å oppstille krav om at visse avgjørelser måtte gjøres av politisk uavhengige tilsyn er artikkel 28 i det tidligere personverndirektivet.<sup>201</sup> Artikkelen sa at hver medlemsstat skulle ha ansvar for at det ble utpekt en offentlig myndighet med oppgave å påse overholdelsen av bestemmelsene medlemsstaten vedtok til gjennomføring av direktivet. Disse myndighetene skulle i «full uavhengighet» utøve de funksjoner som var tillagt dem.<sup>202</sup>

Kommisjonen anla i 2007 traktatbruddsak mot Forbundsrepublikken Tyskland på grunn av Tysklands organisering av datatilsyn, hvor hver delstats tilsynsmyndigheter var underlagt statlig tilsyn. Dette oppfylte ifølge Kommisjonen ikke kravet om «full uavhengighet», noe EU-domstolen var enig i.<sup>203</sup> EU-domstolen uttalte at «uavhengighet» i personverndirektivet betyr:

«en status, der sikrer, at det pågældende organ kan handle helt frit uden nogen form for instruks eller pressjon».<sup>204</sup>

Uavhengighetskravet for tilsynsmyndighetene på personvernområdet er, som EU-domstolen understreket i sak C-518/07, et utslag av de grunnleggende rettighetene personvernreglene berører. Uavhengighetskravet for tilsynsorganer som kontrollerer overholdelsen av EU-rettens regler om behandling av personopplysninger er hjemlet i artikkel 8 (3) i chartret og artikkel 16 (2) i TEUV. Sånn sett er datatilsynenes uavhengighet i en særstilling, fordi de andre uavhengighetskravene i EØS-retten ikke har en like nær kobling til primærretten. Når dette var bakgrunnen for domstolens betraktninger om hva uavhengigheten innebærer, kunne det tilsi at drøftelsen av innholdet i begrepet «uavhengighet» ville se annerledes ut i andre sektorer.

Men da EU-domstolen senere skulle fastlegge innholdet i uavhengighetsbegrepet i jernbanesikkerhetsdirektivet artikkel 21 i sak C-530/16, fulgte den opp denne tolkningen.<sup>205</sup> Dette er et av flere eksempler på at EU-domstolen viser til sine egne tidligere utsagn om uavhengighet på tvers av ulike sektorer.<sup>206</sup> Praksisen kan tilsi at EU-domstolen har ment å formulere en generell forståelse av uavhengighetsbegrepet.

EU-domstolen tok med en tilleggsbemerkning i sak C-530/16 om at kravet om frihet fra instruks eller press kun gjelder «i forhold til hvilke uafhængigheden skal

<sup>199</sup> COM/2012/010 final s. 11.

<sup>200</sup> Sak C-518/07 avsnitt 24.

<sup>201</sup> Fredriksen og Mathisen (2022) s. 258. Personverndirektivet ble opphevet ved effekt 25. mai 2018, jf. GDPR artikkel 94 (1).

<sup>202</sup> Personverndirektivet artikkel 28 (1). I dagens GDPR er reglene for uavhengig tilsynsorgan er fastsatt og utdypet i forordningens kapittel VI.

<sup>203</sup> Sak C-518/07 avsnitt 1 og 56.

<sup>204</sup> Avgjørelsens avsnitt 18.

<sup>205</sup> Sak C-530/16 avsnitt 67. EU-domstolen henviser ikke eksplisitt til sak C-518/07. Men i tillegg til at formuleringen gjentas ordrett, følger tolkningen Forslag til avgjørelse fra generaladvokat M. Bobek fremsat den 23. januar 2018. Generaladvokat Bobek viser i forslaget avsnitt 31 til sak C-518/07.

<sup>206</sup> Se for eksempel sakene C-614/10 og C-288/12 om uavhengig datatilsyn og sak C-378/19 om uavhengig reguleringsmyndighet på energi- og gassområdet.

sikres».<sup>207</sup> Denne formuleringen gir ikke noe nevneverdig bidrag til forståelsen av begrepet. Det at uavhengigheten må relateres til det eller dem kravet stiller krav om uavhengighet fra, følger allerede implisitt av EU-domstolens formulering i sak C-518/07. Men formuleringen er verdifull, for det første som presisering som kan forhindre tolkningsfeil ved anvendelse av EU-domstolens praksis, og for det andre som grunnlag for å oppstille riktig spørsmål ved vurderingen av et organs uavhengighet. I tillegg viser EU-domstolen som nevnt at det kan være mulig å bygge videre på en tolkning fra praksis som gjelder en annen rettsakt, når det gjelder ren ordlydsfortolkning.

Rettsakter som stiller krav om uavhengige forvaltningsorganer, byr på stor variasjon av både formål og formuleringer. Der GDPR i dag gir detaljerte krav om hva som skal til for å oppnå «full uavhengighet», er annen sektorlovgivning mer kortfattet. Jernbanesikkerhetsdirektivet nyanserer uavhengighetsbegrepet ved å bare stille krav om funksjonell uavhengighet fra relevante tilsynsorganer, og krav om uavhengighet med hensyn til både «organisering, rettslig form og beslutnings-taking» fra visse andre aktører.<sup>208</sup> CRD IV artikkel 4 (4) oppstiller krav om «uavhengigheten som er nødvendig» for å ivareta funksjonene knyttet til «tilsyn, gransking og sanksjoner» som er fastsatt i direktivet og CRR.<sup>209</sup> Ordlyden «full uavhengighet» gir inntrykk av å angi en annen grad av uavhengighet enn «uavhengigheten som er nødvendig». Når adjektivet «full» er tilført før «uavhengighet», tolker EU-domstolen i sak C-518/07 dette som en forsterkning av kravet som innebærer at tilsynsorganets beslutningskompetanse ikke bare skal være beskyttet mot direkte, men også indirekte ytre påvirkning.<sup>210</sup> Ordet «nødvendig» derimot, framstår ikke som en forsterking av kravet. Når begrunnelsen for uavhengighet i tillegg varierer for hver rettsakt, trekker dette i retning av tilbakeholdenhet i forbindelse med vurderingen av overføringsverdi av rettspraksis og andre rettskilder fra de andre sektorene, ut over selve ordlydsfortolkningen.

#### 4.2.3 Uavhengighet av hva?

EU-domstolens tolkning av begrepet uavhengighet, som kan finnes igjen i flere avgjørelser, baserer seg på begrepets «almindelige betydning».<sup>211</sup> Men som vist i kapittel 2.2 er uavhengighet relativt, og det vil finnes ulike grader av uavhengighet i ulike sammenhenger. Derfor må begrepet, som EU-domstolen også understreker, tolkes i lys av formålet med bestemmelsen.<sup>212</sup>

EU-domstolen uttaler i flere saker at tilsynsmyndighetenes funksjonelle uavhengighet som består i frihet fra instruks er en nødvendig, men ikke tilstrekkelig, betingelse for at uavhengigheten skal oppfylle EU-rettens krav.<sup>213</sup> Dette gjelder også uformell instruks eller styring.<sup>214</sup>

I sak C-288/12, som gjelder personverndirektivets uavhengighetskrav, viser EU-domstolen tilbake til sakene C-518/07 og C-614/10 hvor det fastslås at om det foreligger så mye som «risiko» for at statlig overvåking eller tilsyn kan påvirke tilsynsmyndighetenes beslutninger politisk, er dette tilstrekkelig til å forhindre at

<sup>207</sup> Sak C-530/16 avsnitt 67. Presiseringen ser ut til å være et utslag av sakens realitet, hvor det kun var uavhengigheten i relasjon til konkrete aktører som var omstridt, se avgjørelsens avsnitt 68. Formuleringen gjentas i senere praksis, for eksempel i sak C-378/19 om uavhengig reguleringsmyndighet for energi.

<sup>208</sup> Direktiv 2004/49/EF (jernbanesikkerhetsdirektivet) artikkel 21.

<sup>209</sup> Jeg kommer nærmere tilbake til hvilke funksjoner dette er og hva slags uavhengighet som dermed er «nødvendig», se kapittel 5.

<sup>210</sup> Sak C-518/07 avsnitt 19.

<sup>211</sup> Avgjørelsens avsnitt 18.

<sup>212</sup> Se for eksempel sak C-518/07 avsnitt 17.

<sup>213</sup> Sak C-614/10 avsnitt 42 og tilsvarende sak C-288/12 avsnitt 52.

<sup>214</sup> Sak C-378/19 avsnitt 63.

sistnevnte kan utøve sine oppgaver uavhengig.<sup>215</sup> Utsagnet er, så langt jeg kan se, ikke gjentatt like uttrykkelig i avgjørelser som gjelder andre rettsakter.<sup>216</sup> Dette kan være stedet hvor uavhengighetskravet i personvernsektoren skiller seg fra de andre kravene, slik at koblingen til primærretten og menneskerettighetene får utslag i en strengere tolkning av uavhengighetsbegrepet. Selv om datatilsyn virker å ha et særskilt behov for uavhengighet, peker EU-domstolen her på noe som også kan gjelde mer allment. Behovet for tillit, eller fraværet av mistanke om partiskhet, kan sies å være et grunnvilkår for uavhengighet. Dette er ikke uttalt i bestemmelsene, men er som vist i kapittel 2.2 et hensyn som ligger til grunn for ideen om å gi organer en viss grad av uavhengighet. Dette viser at et organ ikke nødvendigvis må bli faktisk påvirket for at et uavhengighetskrav skal være overskredet, *muligheten* for det kan være nok.

*Mulighet* for påvirkning er særlig problematisk i form av at overordnet organ har adgang til å omgjøre et organs vedtak. Ikke bare vil det overordnede organet alltid kunne ha siste ord og dermed styre sakers utfall, omgjøringsadgangen kan også føre til «forudgående lydighet» fra det uavhengige organet.<sup>217</sup> Trusselen om omgjøring kan dermed få samme effekt som instruks ved at det uavhengige organet fatter vedtak i tråd med det overordnede organs forventninger.

Som vist i kapittel 2.4.4 kan et organs uavhengighet ha flere sider, og påvirkning kan tilsvarende skje på flere måter. I tillegg til funksjonell uavhengighet kan organet ha behov for personell og økonomisk uavhengighet for å sikre at påvirkning heller ikke skjer i form av for eksempel avsettelser eller ansettelser, eller av budsjettstruping.

Kjernen i kravet om personell uavhengighet er også faren for foregående lydighet. Saken C-288/12 gjaldt en omorganisering av det ungarske datatilsynet som førte til at tilsynsdirektøren mistet stillingen sin før åremålsperioden var utløpt. EU-domstolen understreket at trusselen om førtidig opphør av lederens stilling eller kompetanse, vil kunne føre til – og i alle fall gi inntrykk av – at ledelsen føyer seg etter politiske føringer.<sup>218</sup> Førtidig opphør av stilling skal derfor kun skje etter objektive, lovfestede kriterier.<sup>219</sup>

Utnevnelse av ledelsen for et uavhengig organ kan ikke gjøres på en slik måte at det svekker deres uavhengighet. EU-domstolen fastslo i sak C-378/19 at uavhengighetskravet i elektrisitetsdirektivet ikke var til hinder for at regjeringen kunne utnevne ledelsen av reguleringsmyndigheten.<sup>220</sup> Det viktige i denne sammenhengen var at prosessen ivaretok behovet for uavhengighet. Eksempler på tiltak for å sikre personell uavhengighet er åremålsansettelse og lovfestede avskjedigelsesgrunner.

Et krav om økonomisk uavhengighet tolkes ikke så strengt at uavhengige organer ikke kan være underlagt generelle økonomiske føringer som er fastsatt i lov, men EØS-retten kan stille krav til budsjettmessig uavhengighet.<sup>221</sup> EU-domstolen uttalte i sak C-614/10 at det østerrikske datatilsynet ikke trengte en egen budsjettpost for å ha tilstrekkelig økonomisk uavhengighet til å oppfylle kravet om «full

<sup>215</sup> Sak C-288/12 avsnitt 53 med videre henvisninger.

<sup>216</sup> I sak C-530/16 om jernbanesikkerhet nevner EU-domstolen risikoen for å bli møtt med pålegg eller bli påvirket i avsnitt 32. I sak C-718/18 om energi er risikoen for interessekonflikter et moment i vurderingen av en regels forenelighet med uavhengighetskravet. Ingen av disse avgjørelsene definerer uavhengighet som en umulighet så lenge det foreligger en risiko for påvirkning, slik som avgjørelsene om personverndirektivet ser ut til å gjøre.

<sup>217</sup> Sak C-518/07 avsnitt 30.

<sup>218</sup> Sak C-288/12 avsnitt 54. Se også sak C-614/10 avsnitt 51. Selv om medlemsstatene i kraft av sin forvaltningsautonomi kan velge å omorganisere forvaltningsorganer, kan dette ikke føre til avsettelse av ledelsen uten at deres uavhengighet sikres på annet vis, se sak C-424/15 avsnitt 52.

<sup>219</sup> Sak C-288/12 avsnitt 54

<sup>220</sup> Sak C-378/19 avsnitt 46.

<sup>221</sup> Sak C-240/15 avsnitt 44 om uavhengig tilsynsmyndighet i direktiv 2002/21/EF [eKom-rammedirektivet 2002].

uavhengighet» i personverndirektivet.<sup>222</sup> Det viktige var at tildelingen av utstyr og personalressurser ikke forhindret tilsynet i å utøve sine funksjoner i uavhengighet. I dag framgår det uttrykkelig av artikkel 52 (6) at datatilsynet skal ha separate, offentlige årsbudsjetter som kan være del av statsbudsjettet. Tilsvarende krav finnes for eksempel i elektrisitetsdirektivet 2009 artikkel 35 (5) (a).

I sak C-530/16 kom EU-domstolen til at også Polens nasjonale undersøkelseskommisjon for jernbaneulykker måtte ha sitt eget budsjett.<sup>223</sup> Dette var ikke basert på et eksplisitt budsjettkrav i jernbanesikkerhetsdirektivet, men utledet av det generelle uavhengighetskravet i direktivets artikkel 21 anvendt på det konkrete organets stilling i forvaltningsstrukturen. EU-domstolen fant at den nære tilknytningen organet hadde til departementet på andre områder innebar at uavhengigheten måtte sikres gjennom blant annet eget budsjett. Avgjørelsen viser at krav om ulike tiltak for å sikre et organs uavhengighet ikke behøver å være uttalt i sekundærretten, men kan følge av konkrete forhold.

Gjennomgangen av de ulike sidene av uavhengighetskravet i andre sektorer viser at krav om funksjonell, personell og økonomisk uavhengighet enten kan følge eksplisitt av sekundærretten eller tolkes ut fra et generelt uavhengighetskrav. EU-domstolens betraktninger om hvordan for eksempel omgjøringsadgang, avskjedigelse og budsjettkontroll kan utgjøre inngrep i et organs uavhengighet er dessuten generell og overførbar til andre tilsvarende krav.

#### 4.2.4 Uavhengighet fra hvem?

Også spørsmålet om hvem uavhengighetskravet retter seg mot, må vurderes med kravets formål i mente. EU-domstolen uttalte i sak C-518/07 at det ikke er noe ved ordlyden «full uavhengighet» som tilsier at kravet utelukkende gjelder forholdet mellom tilsynsmyndighetene og organene som er underlagt tilsyn. Det kan også gjelde relasjonen mellom tilsynsmyndighetene og politiske organer. Dette går igjen i mange rettsakter som oppstiller uavhengighetskrav.

På energiområdet framgår det for eksempel av fortalene til elektrisitetsdirektivet og gassmarkedsdirektivet at reguleringsmyndighetene må kunne treffe avgjørelser i alle regulerings spørsmål og være fullt uavhengige av alle andre offentlige og private interesser for at det indre marked for elektrisitet og naturgass skal kunne fungere etter sin hensikt.<sup>224</sup> Formålet om å fremme det indre marked finnes igjen i mange av rettsaktene som oppstiller uavhengighetskrav, men hensynet kan få konkrete utslag på de ulike markedene.<sup>225</sup> Noen markeder kjennetegnes ved at staten ofte har eierinteresser eller har hatt det,<sup>226</sup> mens andre markeder kjennetegnes ved at grensekryssende virksomhet og tilsyn med markedet vanskeliggjøres av ulik nasjonal praksis.<sup>227</sup> For sistnevnte marked vil tilsynskonvergens være viktig, noe som først og fremst oppnås ved politisk uavhengighet.

<sup>222</sup> Sak C-614/10 avsnitt 58 flg.

<sup>223</sup> Sak C-530/16 avsnitt 101–103.

<sup>224</sup> Elektrisitetsdirektivet fortalepunkt 34 og gassmarkedsdirektivet fortalepunkt 33.

<sup>225</sup> CRD IV fortalepunkt 5 og 6, elektrisitetsdirektivet fortalepunkt 60, gassmarkedsdirektivet fortalepunkt 57 og GDPR fortalepunkt 13.

<sup>226</sup> Se for eksempel eKom-rammedirektivet artikkel 3. Formålet med uavhengigheten i denne sammenhengen er å fremme konkurranse mellom markedsaktørene, og da bare uavhengighet fra politiske myndigheter dersom staten opptrer som eier, se Eriksen og Fredriksen (2019) s. 178.

<sup>227</sup> Se for eksempel elektrisitetsdirektivet og gassmarkedsdirektivet på energiområdet, og ikke minst CRD IV.

## 4.3 Begrunnelsen for det EØS-rettslige uavhengighetskravet

### 4.3.1 Innledning

I dette kapitlet vil jeg vise hvordan begrunnelsen for uavhengighetskrav i EØS-retten skiller seg fra begrunnelsen for nasjonale uavhengighetskrav. Jeg vil starte med EØS-rettens utgangspunkt om forvaltningsrettslig autonomi og vurdere om EØS-rettslige krav om uavhengighet er forenelig med dette i kapittel 4.3.2. Deretter ser jeg i kapittel 4.3.3 på EØS-rettslige hensyn som begrunner uavhengighetskrav for nasjonale organer som forvalter EØS-rett, før jeg i kapittel 4.3.4 ser på sammenhengen mellom opprettelsen av overnasjonale EU-byråer og uavhengighetskrav i sekundærretten. Til slutt presenterer jeg Meroni-doktrinen som setter begrensninger for adgangen til å delegerer kompetanse til et uavhengig organ i kapittel 4.3.5 og kommenterer doktrinens rekkevidde og betydning for uavhengighetskravet i CRD IV.

Innledningsvis vil jeg peke på noen trekk ved EØS-rettslige uavhengighetskrav. For det første oppstår behovet for likeverdig tilsynspraksis i alle medlemsstatene på det indre marked. Formålet med uavhengighet er å skape et *level playing field*, altså like konkurransevilkår.<sup>228</sup> Samordning av reglene og tilsynspraksisen mellom medlemsstatene er en forutsetning for at hjemstatskontroll og gjensidig anerkjennelse skal kunne fungere.<sup>229</sup> Opprettelsen av overnasjonale EU-byråer bidrar også til dette. I tillegg oppstår behovet for at nasjonale politiske føringer ikke står i veien for tilsynssamarbeid på EØS-nivå.

Dessuten kan det spørres hvor den demokratiske legitimiteten, som rettferdiggjør politisk innflytelse, kan hentes fra når reglene er gitt av EU-lovgiver. Riktignok er ikke EU-regler uten nasjonal forankring. EUs politiske organer består av representanter fra medlemsstatene og herfra kommer en viss demokratisk legitimitet. Likevel, på nasjonalt plan har nasjonale parlamenter kun kompetanse til å gjennomføre forordninger og transformere direktiver for å innta sekundærretten i nasjonal rett.<sup>230</sup> Argumentet om at instruks eller funksjonell avhengighet gir demokratisk legitimitet er ikke like sterkt når reglene som skal håndheves ikke er resultat av en nasjonal politisk prosess. Det samme gjelder argumentet om at instruks sikrer politisk ansvar ved at regjeringen må stå til ansvar for handlingene til underordnede organer.<sup>231</sup> Dette gjelder både forordninger som inntas som de er i nasjonal rett og direktiver som gjennomføres av nasjonal lovgiver. Tvert imot kan det argumenteres for at det store volumet EU-regler er uhåndterbart for hver enkelt nasjonal regjering, og at ministeransvar vil føre til at en person uten reell påvirkningskraft må stå til ansvar i tilfelle eventuelle feil.

### 4.3.2 Utgangspunktet om forvaltningsrettslig autonomi

Et grunnprinsipp i EU er forvaltningsrettslig autonomi.<sup>232</sup> EFTA-domstolen har bekreftet at dette er utgangspunktet også i EØS.<sup>233</sup> Det finnes ingen felles europeisk forvaltningslov, og hver medlemsstat håndhever sine EU-rettslige forpliktelser etter egen nasjonal forvaltningsrett.<sup>234</sup> Prinsippet harmonerer også med Traktaten om den Europeiske Union (heretter TEU) artikkel 4 (2) som sier at Unionen respekterer medlemsstatenes «nationale identitet, som den kommer til uttrykk i deres

<sup>228</sup> COM/2021/663 final s. 4 og Lavrijssen og Ottow (2011) s. 79.

<sup>229</sup> Se kapittel 3.4.

<sup>230</sup> TEUV artikkel 288 og EØS-avtalens artikkel 7.

<sup>231</sup> Gurlit (2023) s. 76.

<sup>232</sup> Fenger (2004) s. 51.

<sup>233</sup> E-1/04 avsnitt 41.

<sup>234</sup> Fredriksen og Mathisen (2022) s. 251.

grundlæggende politiske og forfatningsmessige strukturer». <sup>235</sup> Forvaltningsautonomien er anerkjent av EU-domstolen og innebærer blant annet at det er opp til hver enkelt medlemsstat å avgjøre hvilken nasjonal institusjon som skal ha den myndighet som EØS-retten krever. <sup>236</sup> Dermed kan medlemsstatene i utgangspunktet også selv organisere forvaltningsapparatet med den instruksjonsadgangen eller andre former for avhengighet de ønsker.

Medlemsstatenes forvaltningsrettslige autonomi er imidlertid ikke mer enn et utgangspunkt som gjelder så fremt ikke annet er bestemt. For det første må medlemsstatenes forvaltningspraksis alltid være i tråd med effektivitets- og ekvivalensprinsippet. Ekvivalensprinsippet innebærer at saksbehandlingsregler for nasjonal anvendelse av EØS-retten ikke kan være mindre fordelaktige enn reglene som gjelder for tilsvarende tilfeller etter nasjonal rett. <sup>237</sup> Effektivitetsprinsippet innebærer at nasjonal rett må være utformet slik at EØS-rettens rettigheter verken blir umulig eller uforholdsmessig vanskelig å gjøre gjeldende. <sup>238</sup> Dessuten kan denne friheten ikke misbrukes for å begrense den materielle EØS-rettens gjennomslag i nasjonal rett. <sup>239</sup>

Et annet unntak fra forvaltningsautonomien er et økende antall sektorspesifikke rettsakter som stiller krav til organiseringen av det nasjonale forvaltningsapparatet. <sup>240</sup> Forvaltningsautonomien begrenser ikke EU-lovgivers adgang til å gi slike regler. <sup>241</sup> I denne forbindelse dannes det også stadig flere sektorspesifikke EU-byråer som til sammen utgjør et europeisk forvaltningsapparat. Fredriksen og Mathisen formulerer det som at man på flere områder synes å være på vei mot løsninger hvor det «nærmest bare er i navnet at de nasjonale tilsynene er nasjonale.» <sup>242</sup>

Når EØS-retten trenger gjennom forvaltningsautonomien og inn i de nasjonale forvaltningssystemene, er dette begrunnet med behovet for å isolere regulerings tiltak fra ytre press og å sikre lik implementering mellom medlemsstatene. <sup>243</sup> Men også når EØS-retten begrenser nasjonal forvaltningsautonomi ved å stille krav om forvaltningsorganers uavhengighet, består medlemsstatenes frihet ved gjennomføringen av kravet. Rettere enn å kalle det et unntak, er derfor å si at medlemsstatenes forvaltningsautonomi begrenses av sekundærrettens krav om uavhengige forvaltningsorganer. <sup>244</sup> Forvaltningsautonomien har som utslag at EU-retten legges i hendene på nasjonale forvaltningsorganer. Dessuten er håndhevingen av EU-retten gjennom nasjonale organer finansiert av nasjonalstatene. <sup>245</sup> Dermed avhenger gjennomføringen av EU-rettens forvaltningsrettslige regler av lojalt samarbeid fra nasjonale forvaltningsorganers side. <sup>246</sup> Samarbeidet skjer både mellom hvert enkelt nasjonale forvaltningsorgan og overordnet EU-byrå, og mellom de nasjonale forvaltningsorganene.

<sup>235</sup> TEU artikkel 4 (2) har ingen gjenpart i EØS-avtalen. EØS-avtalens karakter tilsier likevel at den ikke gir grunnlag for større innhugg i EØS-statenes rett enn i EU-statenes, se Eriksen og Fredriksen (2019) s. 47.

<sup>236</sup> Forente saker 51-54/71, sak C-201/02 avsnitt 64 flg., og forente saker C-508/18 og C-82/19 PPU avsnitt 48.

<sup>237</sup> Eriksen og Fredriksen (2019) s. 55.

<sup>238</sup> Sak C-278/20 avsnitt 33.

<sup>239</sup> Vedlegg 11 til NOU 2019:5 s. 780.

<sup>240</sup> Fredriksen og Mathisen (2022) s. 251 og Gurlit (2023) s. 74.

<sup>241</sup> Dette avklarte EU-domstolen i sak C-518/07, se Gurlit (2023) s. 74.

<sup>242</sup> Fredriksen og Mathisen (2022) s. 260.

<sup>243</sup> Sześciło (2021) s. 193.

<sup>244</sup> Se Bjørnebye (2019) s. 228 og Gurlit (2023) s. 74.

<sup>245</sup> Deffains og Perroud (2022) s. 76.

<sup>246</sup> Enqvist og Naarttijärvi (2021) s. 708.

Det er etter dette klart at medlemsstatenes forvaltningsautonomi ikke er til hinder for EØS-rettslige uavhengighetskrav. Jeg går nå videre til å se på hvordan slike krav begrunnes.

#### 4.3.3 Særlige hensyn som gjør seg gjeldende i EØS

Fra et EØS-perspektiv er spørsmålet hvor store forskjeller i tilsynspraksis og skjønnsutøvelse vi kan godta mellom medlemsstatene, så lenge aktørene som er underlagt tilsyn kan bevege seg fritt på det indre marked.<sup>247</sup>

Ulike tilsynspraksiser kan, som andre forskjeller mellom medlemsstatenes nasjonale forvaltning, føre til en vridning av konkurransen mellom næringsdrivende og slik svekke det indre markedes funksjon.<sup>248</sup> Dette kan både skje ved at medlemsstatene underbyr hverandre i slepphendt håndheving som undergraver felleseuropeiske regelverk, ved nasjonalitetsbasert diskriminering, og særlig ved favoriserende behandling av nasjonale markedsaktører. For at forvaltningsretten som stammer fra EØS skal få så likt utslag i alle medlemsstatene som mulig, må det stilles krav til hvordan de nasjonale myndighetene skal gjennomføre den. Begrunnelsen for å gi nasjonale forvaltningsorganer som skal forvalte EØS-retten uavhengighet, er altså blant annet å forhindre medlemsstatene fra å svekke konkurransen og det indre marked.<sup>249</sup> Dessuten vil en demokratisk prosess ikke kunne ivareta markedets behov for hurtige ekspertavgjørelser på tilfredsstillende måte.<sup>250</sup> Et uavhengig organ bestående av fageksperter, kan ta tekniske avgjørelser på en effektiv og rettferdig måte.<sup>251</sup> Sammenlignet med nasjonalt perspektiv, er behovet for samordning mellom medlemsstatene i EØS større enn behovet for samordning mellom ulike fagsektorer.

Det sterkeste argumentet for politisk uavhengighet på *finansmarkedsområdet* er imidlertid knyttet til prinsippet om hjemstatskontroll og gjensidig anerkjennelse. Som jeg vil komme tilbake til i kapittel 5.3.3 gir en tillatelse til å drive bank i én medlemsstat adgang til hele det indre marked. Systemet er basert på tillit mellom medlemsstatene. Tilliten gjelder ikke bare ærlighet og åpenhet, men også ensartet tilsynspraksis. Dette er essensielt for å sikre finansiell stabilitet på det indre marked.<sup>252</sup> Svaret er altså at det ikke kan aksepteres store variasjoner i tilsyn og skjønnsutøvelse mellom medlemsstatene.

Uavhengige forvaltningsorganer som håndhever EØS-rett er i en særstilling. Deffains og Perroud hevder at uavhengige organer kan sies å være i et demokratisk vakuum, fordi de er gitt uavhengighet fra nasjonale politiske myndigheter gjennom EU-retten, uten at de er underlagt en politisk ansvarlig EU-institusjon.<sup>253</sup> Ifølge EU-domstolen er imidlertid den demokratiske legitimiteten til uavhengige forvaltningsorganer ivaretatt.<sup>254</sup> For det første er uavhengige organer bundet av lov og underlagt domstolskontroll. For det andre er de underlagt nasjonal parlamentarisk innflytelse ved at ledelsen kan utpekes av parlamentet eller regjeringen og ved at organet kan bli underlagt rapporteringsplikt. Dette er grunnleggende rettsstatsprinsipper som også får anvendelse på uavhengige organer. Lavrijssen og Ottow argumenterer for at også europeisk samarbeid og koordinering bidrar til å sikre organets legitimitet.<sup>255</sup> Europeisk koordinering i form av tilsynskonvergens er et mål i seg selv. På denne måten kan legitimitet fra europeisk samarbeid

<sup>247</sup> Smaghi (2007) s. 58.

<sup>248</sup> Fænger (2004) s. 54–55 med videre henvisninger.

<sup>249</sup> Deffains og Perroud (2022) s. 77.

<sup>250</sup> Lavrijssen og Ottow (2011) s. 80.

<sup>251</sup> Ibid.

<sup>252</sup> Se kapittel 3.4.

<sup>253</sup> Deffains og Perroud (2022) s. 76.

<sup>254</sup> Sak C-518/07 avsnitt 42–46.

<sup>255</sup> Lavrijssen og Ottow (2011) s. 96.



oppstå ved at lik praksis på det indre marked får en egenverdi ved å bidra til et velfungerende indre marked, altså en slags legitimering i systemets effektivitet. I tillegg kan enighet på tvers av medlemsstatene være med på å legitimere et forvaltningsorgans standpunkt.

#### 4.3.4 EU-byråenes rolle

Forvaltningslovutvalget skiller mellom to typer EØS-rettslige uavhengighetskrav: De som er en refleksvirkning av at det offentlige kontrollerer eller har eierinteresser i aktører på det aktuelle markedet, og de som er tett forbundet med overnasjonale tilsynsstrukturer, som EU-byråer.<sup>256</sup> EU-byråer er EUs egne forvaltningsorganer og en viktig del av det institusjonelle EU. De er organisert som offentlige organer på EU-nivå som er adskilt fra Rådet, Kommisjonen, Europaparlamentet og EU-domstolen, med egen rettslig status.<sup>257</sup> Dermed nyter EU-byråene stor grad av uavhengighet fra EUs politiske styringsorganer og er sånn sett sammenlignbare med nasjonale uavhengige forvaltningsorganer.<sup>258</sup>

I tillegg til å være en arena for samordning mellom medlemsstatenes tilsyns- eller reguleringsorganer, har EU-byråene som funksjon å isolere tekniske regulerings spørsmål fra politiske svingninger, og dermed gi reguleringen kredibilitet.<sup>259</sup> Overføringen av slik kompetanse fra nasjonalt til europeisk nivå, kan sees på som et resultat av medlemsstatenes tro på og avhengighet av EUs mulighet til å løse problemer som går på tvers av landegrensene.<sup>260</sup> Resultatet er at nasjonale forvaltningsorganer integreres i den europeiske strukturen.<sup>261</sup>

Etter finanskrisen ble det påvist en rekke svakheter i det europeiske finanssystemet. Krisen førte til internasjonal anerkjennelse av at finanstilsynsarkitekturs effektivitet sikres best ved beskyttelse mot nasjonal politisk påvirkning, og ved at koordinering mellom medlemsstatene styrkes.<sup>262</sup> Manglende åpenhet og samarbeid var blant punktene som ble påpekt i Larosière-rapporten etter finanskrisen.<sup>263</sup> Det tok for lang tid før tilsynsorganene i medlemsstatene var klare for å ha en åpen samtale om svakheter de observerte på sitt eget tilsynsområde. Dårlig informasjonsflyt og svekket tillit mellom medlemsstatenes tilsynsorganer bidro til at krisehåndteringen ikke var optimal. I tillegg sviktet det europeiske finanstilsynssystemet på koordinering og ensartet tilsynspraksis.<sup>264</sup>

Et tiltak som ble truffet etter finanskrisen for å bøte på disse svakheter var opprettelsen av flere nye EU-byråer: EUs finanstilsynssystem bestående av de nasjonale finanstilsynene sammen med EU-finansbyråene Den europeiske banktilsynsmyndighet (EBA), Den europeiske tilsynsmyndighet for forsikring og tjenestepensjon (EIOPA), Den europeiske verdipapir- og markedstilsynsmyndigheten (ESMA) og Det europeiske råd for systemrisiko (ESRB).

ESRB fremmer makrotilsyn og overvåker markedet som helhet, mens EU-finansbyråene fremmer mikrotilsyn ved å overvåke nettverket av nasjonale tilsynsorganer som skal sikre finansiell stabilitet for hver enkel institusjon. EU-finansbyråene utgjør ikke et sentralisert finanstilsyn og driver ikke europeisk sentralisert kontroll.<sup>265</sup> Men der det tidligere kun var tverrnasjonale tilsynsnettverk som samarbei-

<sup>256</sup> NOU 2019:5 s. 791.

<sup>257</sup> Graver (2019) s. 168.

<sup>258</sup> Eckhoff og Smith (2022) s. 118.

<sup>259</sup> Craig og De Búrca (2020) s. 99.

<sup>260</sup> Catanzariti og Türk (2020) s. 18.

<sup>261</sup> Ibid. s. 19.

<sup>262</sup> Dechent (2015) s. 767.

<sup>263</sup> De Larosière Report (2009) s. 39 flg.

<sup>264</sup> Ottow (2012) s. 210 og forordning (EU) nr. 1093/2010 (heretter EBA-forordningen).

<sup>265</sup> Ottow (2012) s. 213.

det om koordinering og harmonisering, er det nå opprettet EU-byråer som er tillagt en del formell myndighet.

EU-finansbyråene fremmer nært samarbeid mellom medlemsstatenes nasjonale finanstilsyn med mål om et mer integrert europeisk tilsyn.<sup>266</sup> Deres kompetanse omfatter blant annet å foreslå tekniske retningslinjer som Kommisjonen deretter skal behandle,<sup>267</sup> å gi retningslinjer for tolkning av rettsaktene som de nasjonale tilsynsorganene skal gjøre sitt ytterste for å etterleve,<sup>268</sup> å være fullt informert og ha en koordineringsfunksjon i krisesituasjoner,<sup>269</sup> å fatte bindende vedtak i tilfelle av uenighet mellom nasjonale tilsynsorganer,<sup>270</sup> og ikke minst instruere nasjonale tilsynsorganer i tilfelle av manglende etterlevelse av EU-rettslige forpliktelser.<sup>271</sup> Dersom et politisk organ legger føringer for tilsynets håndtering av EØS-retten, har EBA dessuten kompetanse til å tilsidesette avgjørelsen og treffe bindende vedtak.<sup>272</sup> Dette gjør at uavhengighetskravet for nasjonale finanstilsyn ikke nødvendigvis vil få noen praktisk betydning.<sup>273</sup> Ingen EU-byråer er i utgangspunktet reguleringsorganer i den forstand at de faktisk lager regler. Men blant dagens EU-organer er det ifølge Craig og De Búrca EBA, ESMA og EIOPA som, med kompetansene jeg har listet opp, kommer nærmest.<sup>274</sup>

Tilsynsrådet er det ledende organet i EBA og består av lederne av de nasjonale tilsynsorganene.<sup>275</sup> I tillegg deltar representanter fra flere EU-institusjoner som observatører uten stemmerett. Chiti peker på at organene som inngår i EUs finanstilsynssystem nyter høyere grad av uavhengighet enn andre EU-byråer, både fra markedet og fra EUs politiske organer.<sup>276</sup> Ottow, derimot, påpeker at EBAs organisering med et tilsynsråd bestående av lederne av nasjonale tilsyn, fører til at organet er under sterk påvirkning fra medlemsstatene, og at dette kan føre til at problemer i nasjonale tilsynsorganer forplanter seg på europeisk nivå.<sup>277</sup> Dessuten fører et krav om politisk uavhengighet, kombinert med forpliktelsene til de overnasjonale EU-byråene, til at et nasjonalt tilsynsorgan skal være beskyttet mot påvirkning av nasjonale politiske organer, men mottakelig for påvirkning fra EU-byrådet, og dermed også fra andre lands finanstilsyn.<sup>278</sup>

Selve organet EBA skal handle «uavhengig» og objektivt på en ikke-diskriminerende og gjennomiktig måte i Unionens interesse.<sup>279</sup> Som følge av dette er tilsyns-

<sup>266</sup> EBA-forordningen fortalepunkt 2. Jeg tar utgangspunkt i EBA-forordningen i dette kapitlet fordi det er det relevante EU-finansbyrådet for CRD IV, men tilsvarende bestemmelser er også å finne i de andre forordningene: Forordning (EU) nr. 1094/2010 for EIOPA og forordning (EU) nr. 1095/2010 for ESMA.

<sup>267</sup> EBA-forordningen artikkel 10–15 Kommisjonen må enten godkjenne byråets forslag eller begrunne hvorfor den ikke godkjenner det, jf. artikkel 10 (1) (6). Bestemmelsene gir byråene en «kvasiregulatorisk» rolle, se Tridimas (2019) s. 55.

<sup>268</sup> EBA-forordningen artikkel 16.

<sup>269</sup> EBA-forordningen artikkel 18 (1).

<sup>270</sup> EBA-forordningen artikkel 19 og CRD IV artikkel 50 (4) (2) og (5). Kompetansen er omtalt som «EBAs rettslig bindende meklerrolle» i CRD IV fortalepunkt 11.

<sup>271</sup> EBA-forordningen artikkel 17.

<sup>272</sup> EBA-forordningen artikkel 17 (6), 18 (4) og 19 (4). Dette er en sekundær vedtakskompetanse, som «forutsetter at nasjonale tilsynsmyndigheter i medlemsstatene har latt være å følge en konkret anbefaling eller et pålegg fra den relevante EU-tilsynsmyndigheten, eller at megling mellom nasjonale tilsynsmyndigheter ikke har lyktes.», som forklart i Prop. 100 S (2015–2016) s. 10.

<sup>273</sup> NOU 2019:5 s. 791.

<sup>274</sup> Craig og De Búrca (2020) s. 99.

<sup>275</sup> EBA-forordningen artikkel 6 og 40.

<sup>276</sup> Chiti (2009) s. 1428.

<sup>277</sup> Ottow (2012) s. 213.

<sup>278</sup> Szydło (2012) s. 810. Dette kan ved første øyekast virke unaturlig. Men med hensyn til det indre marked og målet om tilsynskonvergens er det ikke urimelig at medlemsstatenes tilsynsorganer påvirker hverandre – i alle fall ikke så lenge de er uavhengige i sin deltakelse.

<sup>279</sup> EBA-forordningen artikkel 1 (5).

rådets uavhengighet fastsatt i EBA-forordningen artikkel 42. Ved utførelsen av EBAs oppgaver skal medlemmene av tilsynsrådet handle «uavhengig og upartisk utelukkende i hele Unionens interesse og ikke be om eller motta instruksjoner fra Unionens institusjoner eller organer, medlemsstaters regjeringer eller noe annet offentlig eller privat organ». Kravet i CRD IV artikkel 4 (4) om at de relevante organene i medlemsstatene skal være uavhengige, gir EBA-forordningens uavhengighetskrav en ny dimensjon. Representanter fra nasjonale finanstilsyn som også er uavhengige på hjemmebane kan tenkes å utgjøre et mer uavhengig tilsynsråd enn det Ottow beskriver.

Nasjonal politisk påvirkning er like fullt reelt. For eksempel utpekes ledelsen i de nasjonale tilsynene, som igjen deltar i EBAs tilsynsråd, på nasjonalt plan.<sup>280</sup> Når tilsynsrådet skal føre tilsyn med de nasjonale relevante organene, fører de tilsyn med sine egne. Dette er på den ene siden en kilde til interessekonflikt som kan svekke tilsynsrådets overvåkningsfunksjon.<sup>281</sup> På den andre siden er det akkurat integreringen av den nasjonale dimensjonen på EU-nivå som legitimerer EBAs vedtaksmyndighet.<sup>282</sup>

Det norske Finanstilsynet og tilsynene fra de andre EFTA-landene deltar i dag i EU-finansbyråene i så høy grad som er mulig uten stemmerett.<sup>283</sup> En uheldig konsekvens av at EFTA-statene kun deltar med observatørstatus, er at artikkel 42 som pålegger «lederen og de stemmeberettigede medlemmene» å handle uavhengig etter sin ordlyd ikke omfatter EFTA-statenes representanter.<sup>284</sup> EFTA-statenes representanter har likevel sterk oppfordring til å handle uavhengig, både på grunn av lojalitetsplikten i EØS-avtalens artikkel 3 og på grunn av målet om mest mulig deltakelse og likhet mellom de ulike tilsynsorganene.<sup>285</sup> Dessuten har denne mangelen ved reguleringen liten betydning siden EFTA-statene ikke har noen formell påvirkningskraft gjennom stemmerett.

EU-byråene har en utøvende funksjon, men er i utgangspunktet ikke gitt større kompetanse enn Kommisjonen kan unnvære å ha politisk kontroll over.<sup>286</sup> Kommisjonen vektla i 2002 at organiseringen av nye EU-byråer måtte være i balanse med Kommisjonens utøvende funksjons enhet og integritet. I ettertid har Kommisjonen understreket at Kommisjonens ansvar stopper der deres påvirkningsmulighet stopper.<sup>287</sup> Samme dragkamp mellom uavhengighet og ansvar som finnes i nasjonal diskurs, kan altså gjenfinnes på EU-nivå. Det kan etter mitt syn tenkes at nasjonale organers uavhengighet kan speiles av EBAs og de andre EU-byråenes funksjoner. Den reguleringsfunksjonen organene har, er av en så teknisk art at eksperter er bedre rustet til å utøve den enn de folkevalgte. Tilsynsfunksjonen får også en vesentlig faglig legitimitet, som på dette området kan trenge. Det er også verdt å nevne at EU-finansbyråenes myndighet er lovbundet. Handlingsrommet er begrenset av sekundærretten de er satt til å forvalte.<sup>288</sup> Det overordnede ansvaret ligger dessuten fortsatt til henholdsvis Kommisjonen og den nasjonale politiske

<sup>280</sup> Deffains og Perroud (2022) s. 76. I Norge utpekes finanstilsynsdirektøren av Kongen, jf. finanstilsynsloven § 2 (2).

<sup>281</sup> I denne retning om ESMA's tilsynsråd, se Catanzariti og Türk (2020) s. 25.

<sup>282</sup> Bekkedal og Herzberg (2018b) s. 213–214.

<sup>283</sup> EØS-komiteen (2016) s. 2 og ODA-avtalen protokoll 8 artikkel 2. Deltakelse ble vurdert som mer enn «lite inngripende», slik at vedtaket ble fattet i medhold av Grunnloven § 115, se Prop. 100 S (2015–2016) s. 57.

<sup>284</sup> EBA-forordningen artikkel 42.

<sup>285</sup> NOU 2019:5 s. 791.

<sup>286</sup> COM/2002/718 final s. 1.

<sup>287</sup> COM/2008/135 final s. 8.

<sup>288</sup> EBA-forordningen artikkel 1 (2). EU-byråene har «ingen diskresjonær kompetanse i egentlig forstand», se Bekkedal og Herzberg (2018a) s. 136.

ledelsen. EBAs legitimitet sikres også ved at byråets avgjørelser kan klages til den felles klageinstansen for EBA, ESMA og EIOPA.<sup>289</sup>

EØS-retten påvirker også Finanstilsynet direkte gjennom tilknytningen til EUs finanstilsynssystem. Norge er tilknyttet EU-finansbyråene gjennom EØS-rettens særegne institusjonelle rammeverk med en EU-pilar og en EFTA-pilar i EØS.<sup>290</sup> Fordi EFTA-statene ikke kan avgi suverenitet til EU-institusjoner, mens EU ikke kan la EFTA-statene være uten overnasjonal kontroll, er det opprettet egne overnasjonale institusjoner i EFTA-pilaren: ESA og EFTA-domstolen.<sup>291</sup> EBA, EIOPA og ESMA har som nevnt myndighet til å gi bindende vedtak direkte til markedsaktørene i visse tilfeller. Det er fortsatt ikke aktuelt at EU-byråene kan gjøre bindende vedtak direkte overfor EFTA-statene, men heller ikke aktuelt å la EFTA-landene stå utenfor dette viktige samarbeidet på det indre marked. Løsningen i EU-finansbyråenes tilfelle er at ESA er gitt kompetansen til å fatte samme vedtak overfor EFTA-landene som EU-byråene fatter overfor EU-landene.<sup>292</sup> I praksis består EU-finansbyråenes aktivitet hovedsakelig av ikke-bindende funksjoner, som å utforme såkalt «soft law», slik at det reelt sett er liten forskjell mellom Norge og EUs medlemsstater.<sup>293</sup>

Formålet med EU-finansbyråene er å sikre lik overvåking og rettsanvendelse i finanssektoren.<sup>294</sup> For å oppnå tilsynskonvergens og fremme finansiell stabilitet på det indre marked, er det vesentlig at også EFTA-landene, som deltakere på det indre marked, deltar i tilsynssamarbeidet.<sup>295</sup> Utviklingen på finansreguleringsområdet går mot økt rettsharmonisering der føringene legges overnasjonalt, men håndhevingen av reglene skjer fortsatt primært nasjonalt.<sup>296</sup> Interessene til markedsaktørene i EFTA-landene er ivaretatt gjennom tett samarbeid mellom EU- og EFTA-pilaren på stadiet før vedtak, for å gjøre opp for manglende stemmerett.<sup>297</sup> EFTA-landenes deltakelse på det overnasjonale nivået kan føre til større aksept for føringene som blir gitt, samt en mer velinformert gjennomføring av regelverket nasjonalt.

På den ene siden kritiseres opprettelsen av overnasjonale reguleringsmyndigheter for å utgjøre et innhugg i medlemsstatenes forvaltningsautonomi. Det er ikke til å komme utenom at EØS-rettens krav om politisk uavhengighet også innebærer et implisitt krav om avhengighet av eller lojalitet til det overnasjonale samarbeidet. Fra norsk perspektiv fører den nære tilknytningen mellom nasjonale finanstilsyn og EU-finansbyråene til at Finanstilsynet mottar styringssignaler fra nok en kant, i tillegg til Kommisjonen, ESA, søsterdirektorater i andre land og ikke minst eget departement.<sup>298</sup> Ved motstrid mellom de ulike signalene, kan det forekomme uklarheter rundt hvem sine synspunkter som skal veie tyngst. Samtidig kan det spørres om EU-byråene har tilstrekkelig makt til å oppfylle behovet de er opprettet

<sup>289</sup> EBA-forordningen artikkel 60. Klageinstansen kan prøve EBAs avgjørelser fullt ut, se analogt om ACERs klagenemnd i sak C-46/21 P avsnitt 63 flg.

<sup>290</sup> Fredriksen og Mathisen (2022) s. 169–170.

<sup>291</sup> EØS-avtalen artikkel 108 og ODA-avtalen i Fredriksen og Mathisen (2022) s. 169.

<sup>292</sup> ODA-avtalen artikkel 25a og protokoll 8. Se gjennomgående i EØS-komiteen (2016). EU-finansbyråene skisserer vedtakene før de sendes til ESA for vedtakelse, se protokoll 8 artikkel 3 (1).

<sup>293</sup> EBA-forordningen artikkel 16 (1) og EØS-komiteen (2016) fortalepunkt 4. Siden føringene er ikke-bindende, innebærer ikke dette at EFTA-statene avstår noen suverenitet, se Barlund (2020) s. 264 og Bekkedal og Herzberg (2018a) s. 133. Retningslinjer og anbefalinger fra EBA må imidlertid enten følges, eller så må det begrunnes hvorfor de ikke følges, se EBA-forordningen artikkel 16 (3). De utgjør også en slags «frivillig tvang» ved at en medlemsstats rykte kan bli svekket når det offentliggjøres at den ikke følger anbefalingene, se Gaupås (2023) s. 213. Dermed får disse reglene, uten at de er rettslig bindende, stor betydning for medlemsstatene.

<sup>294</sup> EBA-forordningens fortalepunkt 11 og Council of the European Union (2014) punkt 8.

<sup>295</sup> Council of the European Union (2014) punkt 1 og 8.

<sup>296</sup> Barlund (2020) s. 263.

<sup>297</sup> MMoU (2018) i Barlund (2020) s. 262.

<sup>298</sup> NOU 2012:2 s. 147. Tilsvarende vil også gjelde andre medlemsstaters nasjonale finanstilsyn.

for å fylle.<sup>299</sup> Behovet for lik tilsynspraksis og like konkurransevilkår kan som forklart i kapittel 4.3.3 bare oppfylles ved at medlemsstatenes tilsyn er underlagt strenge retningslinjer ovenfra. EBA er den viktigste kontrollmekanismen på overnasjonalt nivå.

Det framgår av de reviderte forordningene som oppretter EU-finansbyråene at de skal gjennomføre jevnlig evalueringer med fokus på konvergens i tilsynspraksis og på de kompetente myndigheters uavhengighet.<sup>300</sup> En av EBAs oppgaver er dessuten å «fremme og overvåge tilsynsmessig uafhængighed».<sup>301</sup> Nasjonale tilsyn inngår i samarbeidsnettverk under ledelse av EU-byråene.<sup>302</sup> I forbindelse med den nye europeiske tilsynsstrukturen oppsto også behovet for et nytt felles europeisk regelverk for alle kredittinstitusjoner i det indre marked.<sup>303</sup> Dette er noen av måtene uavhengighetskravet i CRD IV knyttes til den overnasjonale tilsynsstrukturen. For det første ved at tilsynsstrukturen har som et av sine formål å sikre nasjonale tilsynsorganers uavhengighet og var foranledningen til utviklingen av det nye regelverket, og for det andre ved at samarbeid mellom medlemsstatenes tilsynsorganer fordrer en viss uavhengighet. Selv om EFTA-statenes tilknytning til EU-finansbyråene er annerledes en EU-medlemsstatenes, får sammenhengen mellom EBA-deltakelse og uavhengighetskravet i CRD IV tilsvarende betydning for de ulike landene.

#### 4.3.5 Meroni-doktrinen

EU-lovgivers adgang til å opprette EU-byråer er underlagt en skranke i form av Meroni-doktrinen. Tyskland anførte i en sak om det tyske datatilsynets uavhengighet at også sekundærrettslige uavhengighetskrav for nasjonale forvaltningsorganer må være underlagt en tilsvarende skranke.<sup>304</sup> I dette kapitlet skal jeg presentere doktrinen og EU-domstolens vurdering av Tysklands anførsel.

Meroni-doktrinen er en lære som strekker seg helt tilbake til Den europeiske kull- og stålunionen og sakene 9-56 og 10-56. Saken gjaldt delegering til EU-byråer som ikke var nevnt i traktatene. I denne saken uttalte EU-domstolen at konsekvensen av delegasjon av kompetanse avhenger av om den omfatter «gennemførelsesbeføjelser, som er klart afgrænsede, og hvis udøvelse derfor kan kontrolleres nøje i forhold til de objektive kriterier, som en delegerende myndighed har fastsat», eller om det dreier seg om en «diskretionær beføjelse, der indebærer en høj grad af frit skøn, som — afhængig af den brug som gøres heraf — åbner mulighed for en virkelig økonomisk politik».<sup>305</sup> På godt norsk oppstilles skillet mellom delegering av oppgaver som innebærer en vid skjønnsmargin og de som ikke gjør det, hvor kun sistnevnte av disse er tillatt. Delegering av kompetanse kan dermed kun gjøres når kompetansen er klart avgrenset og kan kontrolleres etter objektive kriterier.

I ettertid har EU-domstolen formulert doktrinen mildere. Sak C-270/12 gjaldt EU-finansbyrået ESMA's kompetanse til å gripe inn på finansmarkedet med hjemmel i forordning (EU) 236/2012 [Shortsalgforordningen]. I denne forbindelse uttalte EU-domstolen at ESMA's kompetanse er «precist afgrænsede og er underlagt domstolskontroll for så vidt angår de formål, som den delegerende myndighed

<sup>299</sup> Ottow (2012) s. 211.

<sup>300</sup> EBA-forordningen fortalepunkt punkt 41 er gjennomført i lov av 17. juni 2016 nr. 30 om EØS-finanstilsyn. Endringsforordning (EU) 2019/2175 som inntar dette formålet er merket som EØS-relevant, men foreløpig ikke inntatt i EØS-avtalen.

<sup>301</sup> EBA-forordningen artikkel 8 (1) (b). Dette ble også inntatt i forordningen ved endringsforordning (EU) 2019/2175.

<sup>302</sup> Vedlegg 11 til NOU 2019:5 s. 775.

<sup>303</sup> CRR fortalepunkt 2.

<sup>304</sup> Sak C-518/07 avsnitt 38–56.

<sup>305</sup> Sak 9-56 Meronidansk språkversjon, side 72. Partene i saken var Meroni og «Den høye myndighet», som tilsvarende dagens Europakommisjon, se Store norske leksikon (2021).

har fastsatt».<sup>306</sup> Disse forholdene var tilstrekkelig til at ESMA's kompetanse var i overensstemmelse med Meroni-doktrinen. Etter ESMA-dommen er det avklart at så lenge et organs skjønn er begrenset og dets kompetanse er avgrenset og etterprøvbart, kan organet også gi generelle regler på et teknisk område.<sup>307</sup> ESMA og de andre EU-byråene har som vist i kapittel 4.3.4 kompetanse på flere områder, og kan for eksempel gi forslag til tekniske reguleringsstandarder. Men så lenge Kommisjonen har siste ord, ved at den kan velge å ikke godkjenne byråets forslag, ser også dette ut til å være i overensstemmelse med Meroni-doktrinen.<sup>308</sup>

Doktrinen slik den ble formulert i Meroni-saken gjelder i utgangspunktet kun delegering innad på det overnasjonale nivå. Spørsmålet om den også gjelder for delegering til uavhengige nasjonale organer, kom opp i sak C-718/18, hvor Tyskland anførte at kravet i tredje energimarkedspakke om uavhengig reguleringsmyndighet for energi innebar delegering i strid med Meroni-doktrinen. EU-domstolen avklarer ikke om doktrinen også kommer til anvendelse på nasjonale uavhengige forvaltningsorganer. I stedet uttaler den at doktrinen uansett ikke vil være til hinder for at nasjonale forvaltningsorganer blir overlatt en viss uavhengighet. Dette begrunner EU-domstolen med at doktrinen kun forbyr delegering av skjønn som åpner for økonomisk politikk og dermed innebærer en «egentlig ansvarsforskydning».<sup>309</sup> Kompetansen som delegeres i tredje energimarkedspakke er derimot ifølge EU-domstolen underlagt prinsipper og regler som er fastsatt i en så detaljert ramme, at den begrenser organets skjønn og forhindrer dem i å treffe politiske valg.<sup>310</sup>

Usikkerhet om hvorvidt doktrinen skal gjelde for delegering til nasjonale organer består, og det finnes gode argumenter både for og imot.<sup>311</sup> Et spørsmål er dessuten om økt gjennomsiktighet og ansvarliggjøring av EU-organene kan bøte på Meroni-problematikken.<sup>312</sup> Men for denne avhandlingens del nøyer jeg meg med observasjonen at EU-domstolen har fastslått at ESMA's uavhengighet ikke er i strid med Meroni-doktrinen, samt at tilsvarende uavhengighetskrav som de som oppstilles i direktivene i tredje energimarkedspakke ikke vil være i strid med EUs delegasjonslære, om den enn skulle gjelde i slike tilfeller.

#### 4.4 Oppsummering

EØS-rettens uavhengighetskrav har noen generelle trekk som er verd å ta med videre til tolkningen av CRD IV artikkel 4 (4). For det første tolker EU-domstolen ordet uavhengighet likt i de ulike rettsaktene. For det andre er det ingenting ved ordet som tilsier at det kun gjelder markedsuavhengighet eller kun politisk uavhengighet. I tillegg viser gjennomgangen i kapittel 4.2.3 hvordan ulike sider av uavhengighetskravet kan gjøre seg gjeldende, enten gjennom uttrykkelige sekundærrettslige krav eller som resultat av konkrete forhold.

Også EØS-rettens begrunnelse for uavhengighetskrav har generelle trekk. For det første oppstår behovet for EØS-rettslige uavhengighetskrav som følge av fri

<sup>306</sup> Se forordning (EU) nr. 236/2012 artikkel 28 og sak C-270/12 avsnitt 53.

<sup>307</sup> Sak C-270/12 avsnitt 63–68, hvor EU-domstolen fastslår at ESMA's kompetanse heller ikke tilsetter avgjørelsen i sak 98/80 avsnitt 20, som sier at en administrativ kommisjon ikke kunne gi bindende rettsakter «af normativ karakter». Se også Tridimas (2019) s. 55 og Bekkedal og Herzberg (2018b) s. 208 flg.

<sup>308</sup> Tridimas (2019) viser på s. 56 til sak T-311/06, hvor Retten i avsnitt 66 fastholdt at et EU-byrås forslag som Kommisjonen har i sin rett å avslå, ikke utgjør delegert kompetanse til å ta bindende avgjørelser.

<sup>309</sup> Sak C-718/18 avsnitt 131.

<sup>310</sup> Avgjørelsens avsnitt 132.

<sup>311</sup> EU-domstolens utsagn om at uavhengige forvaltningsorganers oppgaver er så tekniske og gir så lite politisk spillerom, kan diskuteres. Se f. Eks. Fredriksen og Mathisen (2022) s. 261, Sæthern (2022) s. 50, Huhta (2021) s. 260, og Moloney (2010) s. 1372.

<sup>312</sup> Ottow (2012) s. 216.

bevegelighet, og dermed behov for likebehandling av markedsaktører fra ulike medlemsstater samt betryggende og lik tilsynspraksis. Sistnevnte behov er særlig sterkt på markeder med hjemstatskontroll og gjensidig anerkjennelse. Dette kjenner vi også igjen fra kapittel 3. Til slutt kan vi ta med videre at samarbeid gjennom EU-finansbyråer med på å gi organets vedtak legitimitet, men også styrker kravet om uavhengighet.

## 5 Uavhengighetskrav i tilsynet med kredittinstitusjoner

### 5.1 Innledning

Ordlydsfortolkningen av begrepet «uavhengighet» isolert er som vist i kapittel 4.2 fastlagt av EU-domstolen, slik:

«Uafhængighed betegner for så vidt angår offentlige organer [...] normalt en status, der sikrer, at det pågældende organ kan handle helt frit uden nogen form for instruks eller pression fra de organer, i forhold til hvilke uafhængigheden skal sikres.»<sup>313</sup>

Hvilke organer uavhengigheten skal sikres «i forhold til», er ikke uttrykkelig fastsatt i CRD IV artikkel 4. Dette er spørsmålet om *hvem* vedkommende myndigheter skal være uavhengig av. Ordet «uavhengighet» kan bety både markedsuavhengighet og politisk uavhengighet. EU-domstolens definisjon av uavhengighet utelukker alle former for ytre påvirkning, jf. «uden nogen form for instruks eller pression». Men som jeg pekte på i kapittel 4.2.2 kan ordet «nødvendig» i bestemmelsen føre til at ordet uavhengighet ikke kan tolkes like absolutt og uforbeholdent som når det brukes alene. Derfor må jeg også se på *hva* uavhengigheten handler om. For å besvare disse spørsmålene må jeg se på ordlyden i lys av sammenhengen bestemmelsen står i og formålet med direktivet.<sup>314</sup>

CRD IV artikkel 4 begrenser virkeområdet til uavhengighetskravet til det som «er nødvendig for å ivareta» «funksjonene knyttet til tilsyn, gransking og sanksjoner». Jeg vil først se på hva nødvendighetskravet innebærer, før jeg vurderer hvilken betydning det har at uavhengighetskravet knytter seg til konkrete funksjoner. Dette vil jeg bruke til å besvare spørsmålene om hvem og hva bestemmelsen stiller krav om uavhengighet fra.

### 5.2 Uavhengighet fra hvem?

#### 5.2.1 Uavhengigheten som er «nødvendig»

Vedkommende myndigheter skal ifølge bestemmelsen sikres de egenskaper, heriblant den uavhengigheten, som er «nødvendig for å ivareta» visse funksjoner.<sup>315</sup> Ordet nødvendig peker mot en forholdsmessighetsvurdering. Det samme gjør den omstendighet at kravet relateres til «den uavhengigheten». Med «den uavhengigheten» kan EU-lovgiver mene å peke på ulike typer uavhengighet som er relevant for finanstilsynets ulike funksjoner. Ulike typer uavhengighet vil i praksis utgjøre ulike grader av uavhengighet, hvor frihet fra noen former for ytre påvirkning fører til større grad av uavhengighet enn andre.

At bestemmelsen oppstiller et gradert uavhengighetskrav kommer bedre fram i dansk språkversjon. Her er kravet formulert som at kompetente myndigheter «i nødvendig omfang» skal ha egenskapene «der er nødvendige» for å ivareta sine funksjoner. Ordlyden «i nødvendig omfang» peker mot en vurdering av hvilken mengde uavhengighet som er nødvendig. Ordlyden om at det er uavhengigheten og de andre egenskapene «der er nødvendige» peker på at det finnes ulike former for uavhengighet og at ulike tilsynsfunksjoner kan føre til behov for ulike former for uavhengighet.

<sup>313</sup> Sak C-530/16 avsnitt 67.

<sup>314</sup> Se for eksempel sak C-558/15 avsnitt 19.

<sup>315</sup> Bestemmelsen oppstiller ikke bare krav til uavhengighet, men også til sakkunnskap, ressurser, driftskapasitet og myndighet. Dette behandles i 5.2.2.



Formuleringen i den danske språkversjonen skiller seg altså fra den norske ved at den oppstiller vilkår om nødvendighet to ganger. Til sammenligning heter det i henholdsvis svensk, engelsk og tysk språkdrakt tilsvarende som den norske språkversjonen at egenskapene som «krävs» og er «necessary» skal sikres, eller at de «erforderlichen» egenskapene skal sikres. Det doble nødvendighetsvilkåret som oppstilles i dansk språkversjon tilfører imidlertid ikke bestemmelsen noen annerledes betydning. Når det for eksempel i den svenske språkversjonen heter at vedkommende myndigheter skal ha «den sakkunnskap, de resurser, den operativa kapasitet, de befogenheter och det oberoende som krävs», må også dette tolkes som at de ulike egenskapene skal sikres i *den grad* eller i *det omfang* de er nødvendige. Det samme gjelder engelsk språkversjon som nevner «independence necessary», og tilsvarende i tysk og norsk språkversjon. Som understreket i kapittel 2 kan uavhengighetsbegrepet ha en gradert betydning, i den forstand at uavhengigheten kan være alt fra delvis til så å si absolutt. Ved fastleggelsen av betydningen av uavhengighetskravet, gjelder det altså å finne graden av uavhengighet som kreves. En annen side av denne saken er, som den danske språkversjonen demonstrerer, hvilken type uavhengighet som kreves.

Det alle språkversjonene har til felles, er at vurderingen av hvilken grad av uavhengighet eller andre egenskaper som kreves, må gjøres på grunnlag av hva som er nødvendig for å ivareta de nevnte funksjonene. Ordlyden kan tyde på at uavhengighetskravet vil variere fra funksjon til funksjon, og at forholdsmessighetsvurderingen må gjøres konkret for hver funksjon CRD IV og CRR tillegger tilsynet.<sup>316</sup> Som jeg pekte på i kapittel 4.2.2, ser ordlyden «uavhengighet» uten forbehold i form av et nødvendighetskrav ved første blick ut til å utgjøre et sterkere uavhengighetskrav enn det vi finner i CRD IV. Men etter mitt syn er det verdt å vurdere forskjellen på de ulike bestemmelsene kritisk. Det er nemlig vanskelig å se for seg at et uavhengighetskrav ikke skal være underlagt noen som helst form for forholdsmessighetsvurdering. Selv om det ikke kommer tydelig fram av ordlyden i for eksempel GDPR artikkel 52,<sup>317</sup> vil det kunne finnes former for direkte eller indirekte ytre påvirkning som det ikke er nødvendig å verne datatilsynet mot. Helt ufarlige påvirkninger, som offentlige retningslinjer for smittehåndtering på arbeidsplassen, stiller seg for eksempel helt annerledes enn instruks om hvordan smittesporing skal håndteres. Her spiller *behovet* for frihet fra påvirkning inn, i tillegg til relevansen påvirkningen har for det relevante organets oppgaver. Dermed vil det alltid måtte gjøres en viss form for forholdsmessighets- eller nødvendighetsvurdering når man skal fastsette et organs beskyttelse for påvirkning utenfra. Spesielt for uavhengighetskravet i CRD IV artikkel 4 (4) er imidlertid at graden av uavhengighet som kreves etter ordlyden beror på en forholdsmessighetsvurdering, og at denne forholdsmessighetsvurderingen kun knytter seg til noen konkrete funksjoner.

Funksjonene som skal utøves i uavhengighet er de som er knyttet til tilsyn, gransking og sanksjoner. Hva dette innebærer, vil jeg komme tilbake til i kapittel 5.3. Det jeg allerede nå vil påpeke, er at tolkningen min så langt har vist at uavhengighetskravet etter ordlyden i artikkel 4 ser ut til å begrense seg til visse funksjoner og til den graden av uavhengighet som er nødvendig etter en konkret forholdsmessighetsvurdering for hver av disse funksjonene. Disse aspektene ved artikkel 4 demonstrerer etter mitt syn at uavhengighetskravet ikke kun er ment å omfatte markedsuavhengighet.

Markedsuavhengighet er, som jeg redegjorde for i kapittel 2.3, et ukontroversielt krav, og det tolkes strengt.<sup>318</sup> Når CRD IV artikkel 4 begrenser virkeområdet til

<sup>316</sup> Se i denne retning NOU 2023:6 s. 142.

<sup>317</sup> Hvor det står at «Hver tilsynsmyndighet skal utføre sine oppgaver og utøve sin myndighet etter denne forordning i full uavhengighet».

<sup>318</sup> Se for eksempel sak C-718/18 avsnitt 35.

uavhengighetskravet til det som «er nødvendig for å ivareta funksjonene knyttet til tilsyn, gransking og sanksjoner», tyder dette på at kravet ikke er rettet mot markedsuavhengighet. Det er for eksempel vanskelig å tenke seg at vedkommende myndigheter skal være uavhengig ved fastsettelsen av krav om forhøyet egenkapital, men ikke trenger å være uavhengig av markedsaktørene ved vurderingen av hvem som skal få tillatelse til å utøve virksomhet som kredittinstitusjon.<sup>319</sup> Det er ikke tvil om at private parter på finansmarkedet vil kunne ha interesse i å påvirke slike avgjørelser. Uavhengighetskravet i artikkel 4 kan etter mitt syn likevel omfatte markedsuavhengighet, men kravet om markedsuavhengighet kan ikke være begrenset til et så snevert virkeområde. Behovet for en slik avgrensning som er gjort i artikkel 4 tyder på at også politisk uavhengighet er omfattet. Det er flere momenter som taler for dette.

Direktivets formål tilsier at politisk uavhengighet er omfattet. CRD IV artikkel 1 har navnet «formål» og lister opp at direktivet fastsetter regler for tillatelse til å øve virksomhet som kredittinstitusjon, vedkommende myndigheters tilsynsmyndighet- og verktøyer, foreneligheten med reglene fastsatt i CRR og offentliggjøringskrav for vedkommende myndigheter. Formålet med direktivet er altså å harmonisere reglene på disse områdene. For å finne formålet med å harmonisere regelverket, ser jeg til direktivets fortale.<sup>320</sup>

«For at det indre marked skal kunne virke på en tilfredsstillende måte, kreves det ikke bare rettsregler, men også et nært og regelmessig samarbeid og en vesentlig bedre tilnærming av regulerings- og tilsynspraksis mellom vedkommende myndigheter i medlemsstatene.»<sup>321</sup>

Finansmarkedsreguleringen i EU er basert på prinsippene om hjemstatskontroll og gjensidig anerkjennelse.<sup>322</sup> Formålet med direktivet er derfor, som det også framkommer fra sitatet over, å samordne nasjonale bestemmelser om adgang til å utøve virksomhet som kredittinstitusjon og verdipapirforetak, samt deres styringsformer og tilsynsrammer.<sup>323</sup> Konvergens av regulerings- og tilsynspraksis er en viktig forutsetning for å verne og fremme finansiell stabilitet på det indre marked og for å unngå omgåelse av kravene som oppstilles i direktivet, noe som også uttrykkes som et formål i fortalepunkt 67.<sup>324</sup> I CRD IV fortalepunkt 9 understreker EU-lovgiver behovet for at det ensartede regelverket for finansielle tjenester anvendes på samme måte på kredittinstitusjoner i alle berørte medlemsstater.<sup>325</sup> I tillegg framheves det at de aktuelle kredittinstitusjonene bør underlegges «tilsyn av beste kvalitet, uavhengig av andre hensyn som ikke gjelder tilsyn».<sup>326</sup> Andre hensyn som ikke gjelder tilsyn, kan typisk være politiske hensyn. For å oppnå dette formålet er politisk uavhengighet essensielt.

I tillegg framkommer det av fortalepunkt 7 at direktivet bør ta hensyn til EBAs rolle og funksjon, samt de framgangsmåtene som skal følges når EBA tildeles oppgaver. Som vist i kapittel 4.3.4 fordrer tilsynssamarbeidet i EBA en viss uavhen-

<sup>319</sup> Hvilke handlinger eller oppgaver som faller inn under «tilsyn» i direktivets forstand blir behandlet i kapittel 5.3.3.

<sup>320</sup> Fortalen er ikke rettslig bindende, men en del av sammenhengen rundt direktivbestemmelsene som må tas i betraktning ved tolkningen, se Fredriksen og Mathisen (2022) s. 338. EU-institusjonene oppfyller her kravet om begrunnelse for rettsakten som følger av TEUV artikkel 296 (2). I tillegg kan fortalen gi uttrykk for rettsaktens eller en artikkels formål, se Fredriksen og Mathisen (2022) s. 339.

<sup>321</sup> CRD IV fortalepunkt 6.

<sup>322</sup> CRD IV fortalepunkt 19 til 22 og vedlegg I.

<sup>323</sup> CRD IV fortalepunkt 2.

<sup>324</sup> Dette formålet understrekes i forbindelse med behovet for tilsyn på konsolidert grunnlag, men er viktig også i andre sammenhenger.

<sup>325</sup> Argumentet er knyttet til utviklingen av bankunionen og handler derfor primært om Single Supervisory Mechanism, men kan også tolkes som et generelt uttrykk for behovet for godt tilsyn i et marked med gjensidig anerkjennelse, se i denne retning NOU 2023:6 s. 143.

<sup>326</sup> CRD IV fortalepunkt 9.

gighet. Dessuten er en av EBAs funksjoner å fremme de nasjonale tilsynsmyndighetenes uavhengighet. EBAs rettslig bindende meklerrolle er dessuten et viktig element for å fremme samordning og tilnærming av tilsynspraksis. Dersom politiske føringer i medlemsstatene blir til hinder for samordningen, har EBA mulighet til å tilsidesette nasjonale vedtak. Uavhengighetskravet i nasjonal rett står altså i sammenheng med at nasjonale finanstilsynsmyndigheter er underlagt, eller er avhengige av, en overnasjonal struktur som gir EU-finansbyrået mulighet til å gripe inn ved behov.

Etter dette konkluderer jeg med at også politisk uavhengighet er omfattet av CRD IV artikkel 4 (4). Synspunktet harmonerer med Dechent som peker på kravet i CRD IV som et krav om politisk uavhengighet på linje med kravet som oppstilles i SSM-forordningen og SRM-forordningen.<sup>327</sup> Også Finanstilsynslovutvalget anser at det er «gode grunner for å anta at uavhengighetskravet i CRD artikkel 4 nr. 4 også gjelder overfor departement og regjering».<sup>328</sup> Når EBA vurderer nasjonale tilsynsorganers uavhengighet, ser de blant annet på «operational independence», som beskrives som beskyttelse mot påvirkning av kortsiktige politiske, kommersielle eller andre sektor-interesser.<sup>329</sup>

### 5.2.2 Sammenheng

Den umiddelbare konteksten til uavhengighetskravet er resten av artikkel 4 som har navnet «Utpeking av vedkommende myndigheter samt deres myndighet».<sup>330</sup> Første til tredje ledd og femte til åttende ledd inneholder bestemmelser som gjelder utpeking av vedkommende myndigheter og hvordan dette skal offentliggjøres og rapporteres.

Bestemmelsens fjerde ledd, som oppstiller uavhengighetskravet, lister også opp andre egenskaper ved de relevante organene som medlemsstatene skal sikre. Dette er sakkunnskapen, ressursene, driftskapasiteten og myndigheten som er nødvendig for å ivareta funksjonen tilsynet er tillagt gjennom direktivet og forordningen. Begrepet «uavhengighet» inngår i denne opplistingen uten å skilles ut som et mer spesielt krav enn de andre. Overskriften på artikkelen inneholder ikke ordet uavhengighet, og tilsier dermed heller ikke at uavhengighet er en viktigere egenskap i bestemmelsen enn de andre. Finanstilsynslovutvalget leser bestemmelsen som at begrepet uavhengighet «kun [er] nevnt i en oppramsing på lik linje med» de andre egenskapene.<sup>331</sup> Uten at utvalget tar eksplisitt stilling til hva det innebærer, framstår det som at dette er utgangspunktet for utvalgets vurdering som bunner ut i konklusjonen om at kravet kanskje ikke er ment å være like strengt som krav om «full uavhengighet» eller «uavhengighet» i annen sekundærlovgivning.<sup>332</sup>

Uavhengighet har som jeg redegjorde for i kapittel 2.4.4 flere sider. Det er altså flere forhold som må være til stede for at et organ skal kunne sies å være uavhengig, fordi de ulike sidene er så nært knyttet til hverandre. For eksempel nytter det ikke å skjerme et organ fra instruks ovenfra, dersom det overordnede organet styrer organets økonomi eller kan avsette ledelsen. I lys av dette, og særlig at begrepet kan deles opp i underbegrepene funksjonell, personell og økonomisk uavhengighet, kan artikkel 4 (4) også leses på en annen måte enn Finanstilsynslovutvalget gjør. For at kravet om uavhengighet isolert skal være oppfylt, kan det tenkes at de andre egenskapene også må være på plass. I så fall må vedkommende myndigheter for det første allerede ha de nødvendige ressursene og driftskapasi-

<sup>327</sup> Dechent (2015) s. 769. Jeg kommer tilbake til disse rettsaktene i kapittel 5.2.4.

<sup>328</sup> NOU 2023:6 s. 143.

<sup>329</sup> Ibid. s. 143 parafaserer EBA (2021).

<sup>330</sup> CRD IV artikkel 4.

<sup>331</sup> NOU 2023:6 s. 142.

<sup>332</sup> Se drøftelsen som følger i NOU 2023:6 s. 142.

teten, noe som kan sies å inngå i kravet om økonomisk uavhengighet. I tillegg må de ha den nødvendige myndigheten (eller på dansk «beføjelser» og engelsk «powers») som inngår i kravet om funksjonell uavhengighet. Til slutt må de også ha den nødvendige sakkunnskapen i den forstand at de er organisert slik at de har den fagkompetansen som behøves internt i organet. EU-domstolen har anerkjent at én form for uavhengighet kan bero på at andre former for uavhengighet er til stede.<sup>333</sup> Som vist i kapittel 4.2.3 kan dessuten behovet for sikring av ulike sider av uavhengighetskravet oppstå i konkrete situasjoner. Uavhengighet innebærer også ifølge EU-domstolens forståelse mulighet til å handle *helt* fritt uten *noen* form for instruks eller press. Denne tankegangen tilsier at uavhengighet er en mer vesentlig bestanddel av bestemmelsens fjerde ledd enn det det første tolkningsalternativet tilsier. Uavhengighetskravet innebærer altså krav om den formen for uavhengighet som er nødvendig for å sikre utøvelsen av hver enkelt tilsynsfunksjons selvstendighet og upartiskhet. Sammenhengen i artikkel 4 (4) demonstrerer de ulike sidene ved uavhengighetskravet. EU-domstolens generelle vide tolkning av uavhengighet som en status som sikrer at organet kan handle helt fritt uten noen form for instruks eller press, underbygger at et krav om uavhengighet ikke er ment å begrense seg til en bestemt form for påvirkning, med mindre dette er spesifisert.

Artikkel 4 (4) står i direktivets del II som heter «Vedkommende myndigheter».<sup>334</sup> Del II inneholder i tillegg artikkel 5 om samordning innenfor medlemsstatene, artikkel 6 om samarbeid innenfor Det europeiske finanstilsynssystem, og artikkel 7 om tilsynets unionsdimensjon. Bestemmelsene har til felles at de gjelder de nasjonale relevante organenes oppgaver i et europeisk perspektiv. Direktivets struktur setter hensynet til tilsynskonvergens, samordning og overnasjonalt samarbeid i sammenheng med organiseringen av de nasjonale organene som uavhengig.

Artikkel 6 om samarbeid i Det europeiske finanstilsynssystem viser som jeg behandlet i kapittel 4.3.4, og som det framkommer av formålstolkningen over, at kravet om uavhengighet fra nasjonale politiske organer er direkte knyttet til at tilsynsorganene skal være *avhengig* av det overnasjonale systemet i stedet. Dette framkommer av at bestemmelsen i bokstav a fastsetter at vedkommende myndigheter som parter i Det europeiske finanstilsynssystem samarbeider i tillit og full gjensidig respekt, særlig når de sikrer at hensiktsmessige og pålitelige opplysninger utveksles mellom dem selv og andre parter i finanstilsynssystemet. I bokstav b fastsettes det at de relevante organene skal delta i EBAs virksomhet og i tilsynskollegiene. Ifølge bokstav c skal de relevante organene gjøre sitt ytterste for å overholde de retningslinjene og anbefalingene som EBA har utstedt i samsvar med artikkel 16 i EBA-forordningen og for å reagere på de varslene og anbefalingene som ESRB har utstedt i henhold til artikkel 16 i ESRB-forordningen. I bokstav d fastsettes det at de relevante organene skal samarbeide nært med ESRB. Ifølge bokstav e skal de nasjonale mandatene som er gitt vedkommende myndigheter, ikke hindre dem i å utføre sine oppgaver som medlemmer av EBA, eller eventuelt av ESRB, eller i henhold til dette direktivet og CRR.

Artikkel 7 om tilsynets unionsdimensjon viser at de relevante organene skal ta hensyn til unionsdimensjonen i forbindelse med utøvelsen av sine oppgaver. De skal ikke bare vurdere sine beslutningers innvirkning på finanssystemets stabilitet i eget land, men også ta hensyn til den mulige innvirkningen deres beslutninger kan få i andre medlemsstater. Dette er et hensyn som best vil ivaretas av politisk uavhengige tilsynsorganer.

Sammenhengen artikkel 4 (4) står i i direktivets del II viser at uavhengighetskravet har sammenheng med de relevante organenes rolle på EU-nivå. Deltakelse

<sup>333</sup> Sak C-530/16 avsnitt 107.

<sup>334</sup> CRD IV del II.

i og overholdelse av retningslinjer og anbefalinger fra EBA, samt nært samarbeid med ESRB er konkrete tiltak for å realisere tilsynskonvergens. Formålet med uavhengighetskravet er altså ikke at hvert enkelt nasjonale tilsynsorgan skal drive tilsyn fritt fra all påvirkning, men at de skal være utelukkende påvirket av EUs tilsynssamarbeid. Dette samarbeidet, og målet om lik tilsynspraksis i medlemsstatene, er kun mulig dersom de nasjonale tilsynsorganene har nasjonal politisk uavhengighet.<sup>335</sup>

### 5.2.3 Primærretten

EU-retten er hierarkisk oppbygget.<sup>336</sup> Dette innebærer at sekundærretten må tolkes i overensstemmelse med primærretten. I tråd med grunnprinsippene om myndighetstildeling, nærhet og forholdsmessighet, jf. TEU artikkel 5, må bestemmelsen heller ikke tolkes slik at den går ut over hjemmelsgrunnlagets rekkevidde.<sup>337</sup>

Sekundærretten må for det første tolkes i lys av demokratiprinsippet.<sup>338</sup> I sak C-518/07 anførte Tyskland at demokratiprinsippet var til hinder for en utvidende tolkning av uavhengighetskravet for datatilsyn i det tidligere personverndirektivet. Anførselen er et utslag av tankegangen om at uavhengige forvaltningsorganer mangler demokratisk legitimitet.<sup>339</sup> Men EU-domstolen avviste Tysklands anførsel og uttalte at demokratiprinsippet ikke er «til hinder for offentlige myndigheter, der er plassert uten for en klassisk hierarkisk administrasjon, og som er mere eller mindre uafhængige af regeringen».<sup>340</sup> EU-domstolen uttalte videre at slike organer uansett er underlagt landets lovgivning og domstolskontroll, og at uavhengighetskravet ikke påla medlemsstatene å holde organet utenfor enhver parlamentarisk innflytelse. Kravet om «full uavhengighet» innebar altså ikke fullstendig avskjæring av parlamentarisk kontroll. Dermed anså EU-domstolen hensynet til organets demokratiske legitimitet for å være ivaretatt, til tross for kravet om politisk uavhengighet.<sup>341</sup> I en senere sak som gjaldt tredje energimarkedspakkes krav om uavhengig reguleringsmyndighet for energi, anførte Tyskland igjen demokratiprinsippet til støtte for sin sak.<sup>342</sup> EU-domstolen avviste igjen Tysklands anførsel med henvisning til sin tidligere praksis, og understreket at demokratihensynet også var ivaretatt rent konkret, ved at Tyskland hadde deltatt i den demokratiske prosessen EUs lovgivningsprosedyre er.<sup>343</sup> Sakene demonstrerer at det skal mye til for at et krav i sekundærretten om politisk uavhengig forvaltningsorgan skal være i strid med demokratiprinsippet.

Sekundærretten må for det andre tolkes i lys av nærhets- og proporsjonalitetsprinsippet som er fastlagt i TEU artikkel 4 og 5 (3) og (4). Nærhetsprinsippet innebærer at EU-lovgivning kun kan gis så langt formålet ikke kan oppfylles av medlemsstatene selv, men oppnås best på EU-nivå.<sup>344</sup> Proporsjonalitetsprinsippet betyr at EU-lovgivning må være egnet til å oppnå primærrettens formål og ikke

<sup>335</sup> Gurlit (2023) s. 75.

<sup>336</sup> Fredriksen og Mathisen (2022) s. 35 flg.

<sup>337</sup> Ibid. s. 334.

<sup>338</sup> EU-samarbeidet bygger ifølge TEU artikkel 2 på en rekke verdier, deriblant demokrati. Dette følger også av Charterets fortale.

<sup>339</sup> Legitimitet kan også sikres på andre måter, som vist i kapittel 2 og kapittel 4.3.

<sup>340</sup> Sak C-518/07 avsnitt 42.

<sup>341</sup> Sak C-518/07 avsnitt 46. Se mer om uavhengige organers demokratiske legitimitet i kapittel 4.3.3.

<sup>342</sup> Sak C-718/18 avsnitt 96.

<sup>343</sup> Sak C-718/18 avsnitt 142 flg. Fordi Norge ikke er medlem i EU, deltar vi heller ikke i EUs representative demokrati. Dette argumentet veier altså ikke like tungt for EØS-landenes del. Men Norge og de andre EØS-landene deltar like fullt i EØS-komiteen, jf. EØS-avtalen artikkel 93 (1), som vedtar hvilke rettsakter som skal inntas i EØS-avtalen. Slik blir demokratiprinsippet til en viss grad hensyntatt, også for Norge.

<sup>344</sup> TEU artikkel 5 (3) og sak C-547/14 avsnitt 219 med videre henvisninger.

skal gå lenger enn nødvendig for å oppnå dette formålet.<sup>345</sup> Tyskland hadde også anført disse prinsippene til støtte for at uavhengighetskravet i personverndirektivet ikke kunne tolkes utvidende. Men heller ikke denne anførselen førte fram. EU-domstolen fastholdt at avskjæring av statlig kontroll av datatilsynet ikke gikk lenger enn det som var nødvendig for å oppnå uavhengighet i primærrettens og personverndirektivets forstand.<sup>346</sup> EU-domstolen viser her det som har vært et gjennomgående tema så langt i avhandlingen – at formålet som søkes oppnådd ved å oppstille et krav om uavhengig tilsynsorgan fordrer politisk uavhengighet.

EU-parlamentet har gitt CRD IV med hjemmel i TEUV artikkel 53 (1) som gir kompetanse til å gi direktiver om gjensidig anerkjennelse. CRR er hjemlet i TEUV artikkel 114 som gir generell kompetanse til å gi harmoniserende lovgivning om det indre markedet, jf. artikkel 26. Også i lys av primærretten er det tydelig at uavhengighetskravet oppstilles for at vedkommende myndigheter skal ha lik tilsynspraksis. Gjensidig anerkjennelse er som vist i kapittel 3 en forutsetning for at det indre marked for finansielle tjenester skal fungere, men fører også til behov for tillit mellom medlemsstatene og at det stilles like krav til kredittinstitusjonene i alle medlemsstatene.

#### 5.2.4 Hensynet til en helhetlig regulering

EU-domstolen har uttalt at man ved tolkningen av en EU-rettslig bestemmelse også skal se til EU-retten som helhet.<sup>347</sup> I den forbindelse vil jeg se på noen andre uavhengighetskrav for organer som behandler kapitalkravregelverket.

For det første nyter EBA, som redegjort for i kapittel 4.3.4, uavhengighet fra Kommisjonen, og er en viktig brikke i legitimitetspuslespillet for de nasjonale tilsynsorganenes uavhengighet. I tillegg er representantene fra nasjonale tilsynsorganer pålagt å opptre uavhengig i sin rolle som medlem i EBA. Dette viser at politisk uavhengighet er verdsatt, også på EU-nivå. Dessuten innebærer deltakelsen i EBA at tilsynet allerede skal være uavhengig i en del av sin virksomhet.

I tillegg fastsetter SSM-forordningen et strengt uavhengighetskrav for ECB og alle nasjonale tilsynsorganer som deltar i Single Supervisory Mechanism (SSM). SSMs tilsynsråds og styres medlemmer skal handle «uafhængigt og objektivt og udelukkende i hele Unionens interesse».<sup>348</sup> Kravet innebærer at tilsynsrådet og styret verken kan søke eller motta instruks fra EU-institusjoner, regjeringer eller private eller offentlige organer.<sup>349</sup> Også SRM-forordningen oppstiller krav om uavhengighet for deltakende nasjonale relevante organer.<sup>350</sup> Behovet for tilsynssamarbeid i eurosonen har oppstått som følge av at deltakerne på markedet utgjør et nettverk på tvers av medlemsstatenes grenser.<sup>351</sup> Dette gjelder ikke bare innenfor eurosonen, men også i hele det indre marked. En tolkning av uavhengighetskravet i CRD IV artikkel 4 (4) som innebærer politisk uavhengighet vil derfor være i tråd med kravet som oppstilles i bankunionen og i tråd med hensynet til et mindre fragmentert tilsynsnettverk på det indre marked.<sup>352</sup>

<sup>345</sup> TEU artikkel 5 (4) og sak C-304/16 avsnitt 85 med videre henvisninger.

<sup>346</sup> Sak C-518/07 avsnitt 55.

<sup>347</sup> Se for eksempel sak C-583/11 avsnitt 50 og sak 283/81 avsnitt 20.

<sup>348</sup> SSM-forordningen artikkel 19 (1).

<sup>349</sup> SSM-forordningen artikkel 19 (1). Den europeiske sentralbanken (ECB) legger til grunn at de deltakende tilsynene handler med «fullstendig uavhengighet», men utdyper ikke hva som menes med det, se ECB (2014) s. 8.

<sup>350</sup> Forordning (EU) nr. 806/2014 (SRM-forordningen) artikkel 47.

<sup>351</sup> COM/2012/512 final s. 2 flg., i Waldhoff og Dieterich (2013) s. 72.

<sup>352</sup> Se i denne retning Gurlit (2023) s. 75.

## 5.3 Uavhengighet av hva?

### 5.3.1 Innledning

Vedkommende myndigheter skal ifølge CRD IV artikkel 4 (4) ha den uavhengighet som er nødvendig for å ivareta funksjonene knyttet til «tilsyn, gransking og sanksjoner» som er fastsatt i direktivet og CRR. Begrepet «tilsyn» er ikke definert i CRD IV eller CRR. Ordet kan rent språklig tolkes som løpende oppfølging eller å følge med på noe eller «holde noe under oppsyn i kontrolløyemed».<sup>353</sup>

Innholdet i likelydende begreper er ikke nødvendigvis det samme i EU-retten som i ulike nasjonale rettsordener.<sup>354</sup> Begreper i EU-lovgivningen må derfor tolkes autonomt. Dette gjelder ikke bare begreper som er åpenbart vurderingspregede, som «god forretningsskikk» eller «rimelig», men også begreper som «foretak» og «domstol».<sup>355</sup> Det samme gjelder begrepet «tilsyn» i CRD IV.

Navnet på et forvaltningsorgan i seg selv vil naturligvis ikke kunne brukes til å utlede hvorvidt oppgavene organet utfører er tilsynsoppgaver. Finanstilsynet i Norge benytter flere virkemidler for å oppnå målet om finansiell stabilitet og velfungerende markeder, hvorav bare ett av disse er «tilsyn». I tillegg arbeider Finanstilsynet med forvaltning, regelverksutvikling og informasjon og kommunikasjon.<sup>356</sup> Dessuten vil heller ikke de oppgavene som i norsk rett er omtalt som tilsyn, nødvendigvis samsvare med den gruppen oppgaver EU-lovgiver mener å vise til med begrepet «tilsyn» i direktivet. Derfor vil jeg se på direktivets oppbygging, sammenheng og formål i søken etter betydningen av ordet. Målet er å finne hvilke oppgaver i CRD IV det stilles krav om uavhengighet for.

### 5.3.2 Formål

En bestemmelse må leses i lys av sitt konkrete formål, men også i lys av rettsaktens overordnede formål.<sup>357</sup> En mulig kilde for å belyse en bestemmelses formål er rettsaktens fortale.

Hovedformålet med direktivet er ifølge punktene 2, 5, 6, 9 og 13 i fortalen å samordne nasjonale bestemmelser om adgangen til å utøve virksomhet som kredittinstitusjon, samt deres styringsformer og tilsynsrammer. Direktivet utgjør det grunnleggende instrumentet for gjennomføringen av det indre marked på finansområdet, noe som avhenger av tett og regelmessig samarbeid og mer omfattende harmonisering av de nasjonale kompetente myndighetenes regulerings- og tilsynspraksis. Tilsynsprosesser og avgjørelser i forbindelse med tilsyn skal på den ene siden ikke stå i veien for det indre markeds prinsipp om en fri kapitalstrøm. På den andre siden skal tilsynet bidra til å trygge realiseringen av det indre marked.<sup>358</sup> EU-domstolen trakk i C-518/07 fram hensynet til det indre markeds funksjon som begrunnelse for sin strenge tolkning av uavhengighetskravet i personverndirektivet.<sup>359</sup> Dette er et generelt hensyn som gjør seg gjeldende i alle sektorene.<sup>360</sup>

For at finansreguleringen skal være et nyttig verktøy for å fremme finansiell stabilitet, må noen tilse at reglene etterleveres, og reglene må håndheves.<sup>361</sup> En betingelse for realisering av fri kapitalstrøm og fri bevegelse av finansielle tjenester er som nevnt hjemstatskontroll og gjensidig anerkjennelse. Systemet innebærer at kontroll og godkjenning i hjemstaten er tilstrekkelig for at markedsaktøren kan

<sup>353</sup> Stub (2011) s. 44.

<sup>354</sup> Sak 283/81 avsnitt 19.

<sup>355</sup> Arnesen (2015) s. 348.

<sup>356</sup> NOU 2023:6 s. 53.

<sup>357</sup> Fredriksen og Mathisen (2022) s. 342.

<sup>358</sup> Se mer om hensynene bak finansreguleringen i kapittel 3 og kapittel 5.2.

<sup>359</sup> Sak C-518/07 avsnitt 50.

<sup>360</sup> NOU 2019:5 s. 792.

<sup>361</sup> Armour mfl. (2016) s. 577.

yte grensekryssende tjenester, fordi den nasjonale godkjenningen aksepteres i de andre medlemsstatene. Et slikt system er svært sårbart, fordi en feilvurdering i én medlemsstat vil kunne forplante seg over landegrensene i hele EU. Formålet med tilsynsprosessene er altså ikke å stå i veien for det indre marked, men å gjøre det trygt. Om hver medlemsstats finanstilsyn gjør like vurderinger, vil det ikke ha all verden å si at en godkjenning er gitt i og tilsyn foregår i et land som tradisjonelt gjør andre politiske vurderinger. Grunnen til dette er at de ideelt sett følger samme retningslinjer og har samme faglige standard som resten av EU-landene. Systemet står og faller imidlertid på kvaliteten til hjemstatstilsynet.

### 5.3.3 Begrepet tilsyn

CRD IV del VII har navnet «Tilsyn» og inneholder kapitlene «Prinsipper for tilsyn», «Framgangsmåter for kontroll», «Tilsyn på konsolidert grunnlag» og «Kapitalbuffer». Kapitlene inneholder regler for hvordan tilsyn skal gjennomføres og koordineres med andre medlemsstater. Jeg vil se på om fire ulike virkemidler eller oppgaver som er tillagt vedkommende myndighet i CRD IV og CRR, er for «tilsyn» å regne. Den første oppgaven er å fatte vedtak om høyere kapitalkrav, den andre er å gi tillatelse til å utøve virksomhet og den tredje er å trekke tilbake slik tillatelse. Til slutt vil jeg se på om det løpende tilsynet med alle krav i CRD IV og CRR etter direktivets artikkel 97 faller inn under «tilsyn» i artikkel 4 (4). Ved å se på ulike funksjoner CRD IV og CRR gir de relevante organene, vil jeg vise at «tilsyn» ikke er et håndterlig begrep som favner en gruppe funksjoner som fordrer større behov for tilsyn enn andre funksjoner.

Vedtak om høyere kapitalkrav er et pilar 2-vedtak som behandlet i kapittel 3.3.4. For å avgjøre om slikt vedtak er en tilsynsoppgave, ser jeg til artikkel 104a i kapitlet om framgangsmåter for kontroll som heter «Krav om yderligere kapitalgrunnlag».<sup>362</sup> For det første er bestemmelsen plassert i kapitlets del VII om tilsyn. Mer spesifikt står artikkelen i kapittel 2, avsnitt IV om «Tilsynstiltak og tilsynsmyndighet». Plasseringen i seg selv taler for at dette er en tilsynsoppgave. Artikkel 104a (1) oppstiller alternative vilkår for når de kompetente myndigheter skal stille krav om høyere kapitalkrav. Et av vilkårene er at kredittinstituttet ikke oppfyller «kravene i artikkel 73 og 74 i dette direktiv eller i artikkel 393 i [CRR], og det er usandsynlig, at *andre tilsynsforanstaltninger* vil være tilstrækkelige til å sikre, at disse krav kan oppfylles inden for et passende tidsrum» (min utheving).<sup>363</sup> Vilkåret for å stille krav om høyere kapitalkrav er altså at andre tilsynstiltak enn dette ikke vil være tilstrekkelig. Fra dette leser jeg at vedtak om høyere kapitalkrav er en tilsynsoppgave.

Tillatelse til å utøve virksomhet som kredittinstitusjon gis etter søknad til vedkommende myndigheter dersom vilkårene i nasjonal rett er oppfylt.<sup>364</sup> Uten slik tillatelse kan et kredittinstitutt ikke lovlig utøve sin virksomhet.<sup>365</sup> Det følger for eksempel av formålsbestemmelsen i artikkel 1 og direktivets fortalepunkt 2 at direktivet oppstiller tilsynskrav for kredittinstitusjoner.<sup>366</sup> I beskrivelsen av vedkommende myndigheters tilsynsoppgaver i CRD IV og CRR er det derfor underforstått at kredittinstitusjonene som er underlagt tilsyn allerede har fått tillatelse. Direktivets formålsbestemmelse lister som vist i kapittel 5.2.1 opp fire formål, hvorav det første er å fastsette regler til å utøve virksomhet som kredittinstitutt,

<sup>362</sup> Inn tatt ved direktiv (EU) 2019/878 om endring av CRD IV. Konsolidert versjon av CRD IV foreligger ikke på norsk. Derfor vil jeg bruke dansk språkversjon når jeg ser på bestemmelser som har blitt endret siden direktivet først ble vedtatt.

<sup>363</sup> CRD IV artikkel 104a (1) (b).

<sup>364</sup> Medlemsstatene fastsetter krav for tillatelse som minimum gjennomfører bestemmelsene i artiklene 10–14 i direktivets del III «Krav i forbindelse med adgang til å utøve virksomhet som kredittinstitusjon», jf. artikkel 8 (1).

<sup>365</sup> CRD IV artikkel 8 (1) og 9.

<sup>366</sup> Se for eksempel CRD IV fortalepunkt 2 og artikkel 1.



mens de tre andre gjelder tilsyn med kredittinstituttene. Kapitalkravdirektivets struktur oppstiller også et skille mellom det å gi tillatelse og det å føre tilsyn. Direktivets del III oppstiller vilkår som må være oppfylt for at en kredittinstitusjon skal bli tildelt tillatelse til å utøve virksomheten sin, mens del VII «Tilsyn» inneholder regler om tilsynet som skal føres med foretakene som har fått tillatelse. Jeg konkluderer etter dette med at det å gi tillatelse ikke er en tilsynsoppgave i direktivets forstand.<sup>367</sup> Dette synet er også lagt til grunn i Finanstilsynslovutvalgets utredning.<sup>368</sup>

Reglene om tilbakekall av tillatelse er regulert i direktivets artikkel 18, som er plassert i samme del av direktivet som reglene om tildeling av tillatelse. Forskjellen på tildeling og inndragning av tillatelse er at tildelingen er det som inviterer en virksomhet inn på markedet og inn i sfæren som er underlagt tilsyn, mens inndragning av tillatelse er en konsekvens av at vilkårene for å være i denne sfæren ikke lenger er oppfylte. Under «Prinsipper for tilsyn» er blant annet avsnitt IV «Tilsynsmyndighet, myndighet til å ilegge sanksjoner og klageadgang». Her gis vedkommende myndigheter «alle de tilsynsbeføjelser til at gribe ind i institutternes [...] virksomhed» som er nødvendig for at «de kan udøve deres opgaver, herunder navnlig retten til at inddrage en tilladelse i henhold til artikel 18 [...]».<sup>369</sup> Med «herunder» tolker jeg at lovgiver mener å peke til «deres opgaver» som nevnes umiddelbart før. Denne forståelsen tilsier at retten til å inndra en tillatelse etter artikkel 18 er en av vedkommende myndigheters oppgaver, som etter ordlyden ikke ser ut til å være en «tilsynsbeføjelse».<sup>370</sup> Heller ikke det å trekke tilbake tillatelser, er altså «tilsyn» i direktivets forstand. Når tilsyn forstås som løpende oppfølging, gir det imidlertid mening å si at tilbakekall av tillatelse er en reaksjon som bygger på funn fra tilsynsvirksomheten. Tilbakekall av tillatelse kan dermed være en «sanksjon», som også skal utøves i uavhengighet ifølge CRD IV artikkel 4 (4).<sup>371</sup>

Et kroneksempel på en oppgave som er tilsyn i direktivets forstand er CRD IV artikkel 97 som bærer navnet «tilsynskontrol og vurdering» i dansk språkversjon og «tilsyn og evaluering» i norsk språkversjon. Ifølge denne bestemmelsens første ledd skal vedkommende myndigheter kontrollere ordninger, strategier, prosesser og mekanismer som instituttene iverksetter for å etterleve CRD IV og CRR, på grunnlag av tekniske kriterier fastsatt i artikkel 98. Målet med denne kontrollen er å evaluere risikoene institusjoner er eller kan bli eksponert for, risikoene en institusjon utgjør for finanssystemet, og risikoene som påvises ved stresstesting.<sup>372</sup> Reglene for stresstest i forbindelse med vurderingen av kapitalgrunnlaget er angitt i CRR artikkel 177. Løpende tilsyn og jevnlig stresstesting er typiske tilsynsoppgaver, som skal utøves i uavhengighet.

Gjennomgangen av de ulike eksemplene viser at det å gi tillatelse til å drive bankvirksomhet ikke er tilsyn i direktivets forstand. Likevel kan jeg ikke se at det strengt tatt er andre hensyn som taler for uavhengighet som gjør seg gjeldende under selve tilsynsutøvelsen, enn ved tildeling av tillatelse. Grunnen til at tilsynsvirksomhet er viktig, er målet om å forebygge kriser og avdekke problemer på

<sup>367</sup> Et lignende resonnement kan gjøres for tillatelse til etablering av filial etter reglene i direktivets del V. Disse reglene er også skilt fra tilsynsreglene, og etablering ser også ut til å være en forutsetning for at en institusjon skal komme under tilsyn etter artikkel 40 flg.

<sup>368</sup> NOU 2023:6 s. 143. Denne grensedragningen får konsekvenser for hvordan Finanstilsynslovutvalget velger å utforme forslaget til gjennomføring av uavhengighetskravet i loven, se kapittel 6.4.3.

<sup>369</sup> CRD IV artikkel 64 (1).

<sup>370</sup> «tilsynsmyndighet» i norsk språkversjon.

<sup>371</sup> Men som CRD IV artikkel 18 viser, skjer ikke tilbakekall kun som reaksjon på et rettighetsbrudd fra kredittinstituttets side. Inndragelse kan også skje fordi instituttet ikke gjør bruk av tillatelsen eller fordi de uttrykkelig har gitt avkall på den, se bestemmelsens artikkel 18 (a). Dette rokker likevel ikke med at tilbakekall som følge av at vilkårene for tillatelse ikke lenger er oppfylte, har karakter av sanksjon.

<sup>372</sup> CRD IV artikkel 97 (1) (a) og (b)

et tidlig tidspunkt.<sup>373</sup> En måte å forebygge kriser på er å kontrollere hvem som får lov til å gjøre hva på markedet. Behovet for uavhengighet ved tildeling av tillatelse er riktignok ikke så stort, så lenge et uavhengig tilsynsorgan er i stand til å gjøre løpende vurderinger og tilbakekalle tillatelsen. Men denne betraktningen fører bare til at politiske organers mulighet til å påvirke prosessen rundt tildeling mister realitet, fordi tilsynet kan overstyre beslutningen. Det begrunner derfor ikke hvorfor tillatelse skal være unntatt fra den instruksfrie sfæren.

Forklaringen kan ligge i at reglene om tillatelse til å utøve virksomhet kun er minimumsharmonisert. Dette framkommer av CRD IV artikkel 8 (1) som sier at medlemsstatene, uten at dette berører bestemmelsene i artikkel 10 til 14, fastsetter kravene for å få tillatelse. I tillegg er definisjonen av «kredittinstitusjon» i CRR artikkel 4 (1) (1) generelt utformet. EBA har flere ganger oppfordret Kommisjonen om å ta tak i problematikken med at medlemsstatene praktiserer ulik forståelse av begrepet «kredittinstitusjon».<sup>374</sup> Det stilles altså for det første ulike krav for å få tillatelse i medlemsstatene. I tillegg kan tillatelsene også ha ulikt omfang, hvor noen innebærer adgang til å utøve alle virksomheter som er nevnt i direktivet, mens andre er begrenset til aktivitetene som er nevnt i søknaden.<sup>375</sup> Tillatelse til å utøve virksomhet som kredittinstitusjon er et spørsmål om adgang til markedet, og inngangsporten til å bli underlagt tilsyn av nasjonale og overnasjonale tilsynsmyndigheter. Totalharmonisering av kravene som stilles til alle kredittinstitusjoner, treffer altså ulikt i ulike medlemsstater. Resultatet blir tilsynskonvergens på en divergerende gruppe virksomheter, hvor alle tillatelsene likevel er omfattet av gjensidig anerkjennelse. Dette er en svakhet ved CRD IV og CRR som middel for å oppnå finansiell stabilitet.<sup>376</sup>

EBAs oppfordringer kommer fra tilsynsrådet som består av uavhengige representanter fra nasjonale tilsynsorganer.<sup>377</sup> Dette er et signal om at de nasjonale tilsynsorganene samlet ønsker mer likhet i kapitalkravreglenes virkeområde. Dette kan igjen tolkes som et uttrykk for at tilsynsorganene ønsker mindre påvirkning fra nasjonal lovgiver og politiske myndigheter. Et formål med CRD IV er som nevnt samordning av reglene om utstedelse av tillatelser.<sup>378</sup> Uavhengighet for nasjonale vedkommende myndigheter er et tiltak som i stor grad vil være i stand til å sikre samordningen av hvordan reglene om tillatelse håndheves. Dette underbygger påstanden om at det ikke er åpenbart hvorfor uavhengighetskravet er begrenset til «tilsyn, gransking og sanksjoner», og dermed avgrenset mot for eksempel tildeling av tillatelser.

### 5.3.4 Forslag til endring og presisering av CRD IV artikkel 4 (4)

Kommisjonen har i utgangspunktet eksklusiv kompetanse til å foreslå eller initiere EU-lovgivning, jf. TEU artikkel 17 (2). Et forslag til endring av sekundærrett er altså ikke sjelden kost. Hvilken verdi et slikt forslag eller etterarbeid har som rettskilde er imidlertid ikke åpenbart. EU-domstolen viser som regel ikke engang til forarbeider ved tolkningen av EU-retten. En utvikling er imidlertid at det trekkes slutninger basert på endringer sekundærretten har gjennomgått i vedtakelsesprosessen.<sup>379</sup> Forarbeidene til EU-rettsaktene kan bidra til å klarlegge en del av prosessen fram mot ferdig resultat.<sup>380</sup> I for eksempel sak C-632/15 uttaler EU-domstolen at fortolkningen av en direktivbestemmelse «bekræftes af gjennomgangen

<sup>373</sup> Meld. St. 18 (2022-2023) s. 81

<sup>374</sup> EBA (2020), EBA (2016), EBA (2014).

<sup>375</sup> EBA (2020) s. 3.

<sup>376</sup> Se i denne retning Alexander (2020) s. 1079.

<sup>377</sup> EBA-forordningen artikkel 42.

<sup>378</sup> Dette framkommer både av CRD IV artikkel 1 (1) og av fortalepunkt 2.

<sup>379</sup> Se for eksempel sakene C-324/98 og C-203/09, i Arnesen og Stenvik (2015) s. 37.

<sup>380</sup> Fredriksen og Mathisen (2022) s. 339.

af forarbejderne».<sup>381</sup> Selv om forarbeider ser ut til å få stadig mer betydning i EU-domstolens praksis, tilsier EUs nokså kaotiske lovgivningsprosesser tilbakehold med å vektlegge forarbeider. Det kommer for eksempel ikke tydelig fram fra forarbeidene om Rådet eller Kommisjonen er enige i det som står i forarbeider som stammer fra den andre institusjonen.<sup>382</sup>

Når flere dokumenter kommer til etter vedtakelsen av en rettsakt, er dette å anse som etterarbeider. Slike dokumenter kan klargjøre sekundærretten, men tillegges ikke selvstendig rettskildevekt.<sup>383</sup> Fredriksen og Mathisen viser til tilfeller hvor EU-domstolen henviser til etterfølgende retningslinjer, men utelukkende som kilder til bekreftelse av egen tolkning.<sup>384</sup> Når jeg nå presenterer forslaget til endring av CRD IV artikkel 4, er det altså ikke som moment i tolkningen av bestemmelsen slik den står i dag, men for å vise at også CRD IV er under utvikling, og at tendensen med at uavhengighetskrav tar form etter hvert som de får realitet, også kan slå inn på kapitalkravsområdet.

Kommisjonen la 27. oktober 2021 fram forslag om endring av artikkel 4 (4) som del av den såkalte bankpakke II (som gjennomfører de siste delene av Basel III i CRR3 og CRD6).<sup>385</sup> Endringen innebærer at den nåværende bestemmelsen blant annet får et tillegg som ser slik ut:

”[...] Med henblik på at sikre de kompetente myndigheders uafhængighed ved udøvelsen af deres beføjelser træffer medlemsstaterne alle nødvendige foranstaltninger for at sikre, at de pågældende kompetente myndigheder, herunder deres medarbejdere og medlemmer af deres ledelsesorganer, kan handle uafhængigt og objektivt uden at søge eller modtage instrukser fra eller lade sig påvirke af tilsynsbelagte institutter, regeringer i medlemsstater eller EU-organer eller andre offentlige eller private organer. Disse ordninger berører ikke de kompetente myndigheders rettigheder og forpligtelser som følge af deltagelse i Det Europæiske Finanstilsynssystem i henhold til Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 1093/2010 af 24. november 2010, Den Fælles Tilsynsmekanisme i henhold til Rådets forordning (EU) nr. 1024/2013 af 15. oktober 2013 og Den Europæiske Centralbanks forordning (EU) nr. 468/2014 af 16. april 2014 eller som følge af deltagelse i Den Fælles Afviklingsinstans i henhold til Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 806/2014 af 15. juli 2014. [...]”<sup>386</sup>

Rådet fulgte opp med å offentliggjøre sine endringsforslag til Kommisjonens forslag den 8. november 2022. Deres forslag lyder:

“[...] For the purposes of preserving the independence of competent authorities in the exercise of their powers, Member States shall provide the necessary arrangements to ensure that those competent authorities, including their staff and members of their governance bodies, can exercise their supervisory powers independently and objectively, without seeking or taking instructions, from supervised institutions, from any government of a Member State or body of the Union or from any other public or private body without prejudice to arrangements under national law whereby the competent authorities are subject to public and demo-

<sup>381</sup> Sak C-632/15 avsnitt 39.

<sup>382</sup> Fredriksen og Mathisen (2022) s. 340.

<sup>383</sup> Ibid. s. 341.

<sup>384</sup> Se for eksempel sak C-513/15 avsnitt 33, i Fredriksen og Mathisen (2022) s. 341.

<sup>385</sup> NOU 2023:6 s. 74.

<sup>386</sup> COM/2021/663 final s. 39.

cratic accountability. These arrangements shall be without prejudice to the rights and obligations of the competent authorities as stemming from being part of the international and European systems of financial supervision as stemming from Regulation (EU) No 1093/2010, the Single Supervisory Mechanism as stemming from Council Regulation (EU) No 1024/2013 and Regulation (EU) No 468/2014 of the European Central Bank, for the Single Resolution Mechanism as stemming from Regulation (EU) No 806/2014. [...].”<sup>387</sup>

Rådets endring av det opprinnelige forslaget er først og fremst tillegget av forbeholdet “without prejudice to arrangements under national law whereby the competent authorities are subject to public and democratic accountability.” Rådets tillegg kan være et utslag av medlemsstatenes motvilje mot å akseptere manglende tradisjonell, nasjonal demokratisk legitimitet.

Endringsforslaget tydeliggjør uavhengighetskravet, særlig på to måter: For det første presiseres det at kravet gjelder både markedsuavhengighet og politisk uavhengighet. For det andre er kravet ikke begrenset til tilsyn, gransking og sanksjoner, men til «udøvelsen af deres beføjelser». Myndigheten direktivet tillegger «vedkommende myndigheter» er en langt mer universell størrelse enn det «tilsyn» er.

Forslaget presiserer også sammenhengen til andre forpliktelser de nasjonale tilsynsorganene har i forbindelse med kapitalkravsregelverket. Dette vil, som jeg allerede har tatt til orde for i kapittel 5.2.4, føre til et mer helhetlig regelverk for finanstilsyn. EU-domstolen har uttalt at en manglende eller utilstrekkelig rettslig ramme i seg selv kan bevise at det foreligger en tilsidesettelse av et uavhengighetskrav, uavhengig av hvor stor frihet organet nyter i praksis.<sup>388</sup> Dette synspunktet bekrefter Backers og Smiths poeng om at uklarehet rundt hva uavhengighet innebærer gjerne er kilden til problemer når kravet skal etterleves.<sup>389</sup> I EU-domstolens ånd er det altså på sin plass å foreslå en presisering av uavhengighetskravet som kan gjøre det tydeligere enn det er i dag hvordan kravet skal gjennomføres.

## 5.4 Grad av uavhengighet

Etter tolkningen av CRD IV artikkel 4 (4) i kapittel 5 er konklusjonen at bestemmelsen oppstiller krav om både markedsuavhengighet og politisk uavhengighet, men at kravet er begrenset til å gjelde tilsynsoppgaver, gransking og sanksjoner. Som vist i kapittel 5.3.3 er ikke alle oppgavene som er lagt til de relevante organene i CRD IV tilsynsoppgaver. Hvor høy grad av uavhengighet som kreves, kan sees på som et spørsmål om hvor sterkt beskyttet organet må være mot ytre påvirkning ved utøvelsen av hver enkelt tilsynsoppgave.

Den funksjonelle uavhengigheten innebærer at de relevante organene ikke kan instrueres i saker hvor de skal være uavhengig. Dette må gjelde både selve avgjørelsen og lovforståelsen som ligger til grunn. Instruksen som ble gitt i eksemplet i kapittel 1.2 er til hinder for uavhengigheten som kreves i CRD IV. Dette underbygges av hovedformålet med kapitalkravsregelverket – og uavhengighetskravet – som er tilsynskonvergens. Instruks om regelforståelse svekker effekten av felles regelverk og målet om ensartet praksis.

Et eksempel på hvordan instruks om regelforståelse kan slå ut bidrar til å illustrer hvorfor også regelforståelsen må være unntatt instruks: Departementet kan instruere Finanstilsynet om å legge to typer regelverksforståelse til grunn. Den

<sup>387</sup> 2021/0341 (COD) s. 32.

<sup>388</sup> Se f. eks. sak C-530/16 avsnitt 32 om uavhengig undersøkelsesorgan etter jernbaneulykker og sak C-205/14 avsnitt 48 om uavhengig koordinator for tildeling av ankomst- og avgangstider ved lufthavner.

<sup>389</sup> Se kapittel 2.

ene er en tolkning som medfører strengere krav til banker enn det Finanstilsynet i utgangspunktet har kommet fram til. Det andre er en tolkning som innebærer at det stilles mildere krav til bankene.

I det første tilfellet vil en bank som får et vedtak ønske omgjøring og påklage vedtaket. Dersom klageinstansen er departementet, vil vedtaket bli stående uendret. Når domstolen eller en uavhengig klagenemnd behandler saken, vil den EØS-rettslige regelen tolkes uavhengig og føre til et visst resultat. Dette kan enten være det samme resultatet som følger av departementets regelforståelse eller et annet. Domstolsbehandlingen utgjør uansett en kvalitetssikring av vedtaket.

I det andre tilfellet vil en bank som får et vedtak som stiller lave krav, være fornøyd med vedtaket som det står. Slike vedtak vil derfor aldri gå til klageinstansen. Dette viser at adgang til instruks om regelforståelse vil føre til inkonsekvent praksis, hvor vedtak basert på den mest næringsvennlige regelverksforståelsen faller utenfor den tilgjengelige kontrollmekanismen.

Som vist i kapittel 4.2.3 må også departementets omgjøringsadgang avskjæres for at den funksjonelle uavhengigheten skal sikres. Klager på de relevante organenes vedtak må dermed behandles av domstolen eller en uavhengig nemnd.

Personell uavhengighet er som vist i kapittel 4.2.3 også vesentlig for å forhindre at det relevante organet styres av politiske myndigheters vilje. I likhet med kravet om økonomisk uavhengighet kan dette ledes tilbake til kravet om sakkunnskap, ressurser og driftskapasiteten som er nødvendig.

Graden av uavhengighet kan også måles ut fra hvor stor grad av skjønn som er overlatt til et organ, fordi delegering av skjønn utgjør delegering av kompetanse. Funnene i dette kapitlet tilsier at de relevante organene i CRD IV på den ene siden skal ha høy grad av uavhengighet ved at de skal skjermes mot ulike typer påvirkning. Samtidig er graden av skjønn de er gitt begrenset, fordi kapitalkravsregelverket overlater lite spillerom til rettsanvender. Utøvelsen av myndigheten som er tillagt de relevante organene er altså underlagt så detaljerte prinsipper og regler at de er avskåret fra å treffe politiske valg. Dermed er uavhengighetskravet i CRD IV, i likhet med kravet i tredje energimarkedspakke, i overensstemmelse med Meronidoktrinen.

## 6 Finanstilsynet og EØS-rettens krav til uavhengighet

### 6.1 Innledning

Finanstilsynet er det relevante organet i Norge som ivaretar funksjonene og oppgavene fastsatt i CRD IV og CRR. Som vist i kapittel 5.2 oppstiller CRD IV artikkel 4 (4) krav om det relevante organets uavhengighet både fra markedsaktører og fra politiske organer. Kjernen av uavhengighetskravet er den funksjonelle uavhengigheten. Som eksemplet i kapittel 1.2 viser, kan instruksjon fra politiske myndigheter være preget av markedets interesser. I kapittel 6.4 vil jeg gi et eksempel fra Tyskland som viser det samme. Uavhengighet ovenfra og nedenfra er altså på mange måter to sider av samme sak. I tillegg er kravet til personell og økonomisk uavhengighet vesentlig for å sikre den funksjonelle uavhengigheten. Alle disse perspektivene kreves ivaretatt i artikkel 4 (4).<sup>390</sup>

I dette kapitlet vil jeg sette mine funn fra kapittel 5 opp mot dagens finanstillingslov. Jeg viser også kort til hvordan Sverige, Danmark og Tyskland har gjennomført uavhengighetskravet. Finanstillingslovutvalgets forslag til ny finanstillingslov inneholder flere tiltak som skal sikre uavhengighet. Jeg presenterer forslaget løpende og påpeker mangler ved forslaget der jeg mener det er på sin plass. Kapitlet er strukturert etter de tre sidene ved uavhengighet som ble presentert i kapittel 2.4.4: Kapittel 6.4 gjelder funksjonell uavhengighet, kapittel 6.5 gjelder personell uavhengighet og kapittel 6.6 gjelder økonomisk uavhengighet.

Aller først ser jeg i kapittel 6.2 kort på utviklingen Finanstillingsynet har gjennomgått siden opprettelsen av organet i 1986 til i dag. Den generelle utviklingen på finansmarkedet og Norges integrering på det indre marked har ført til store forandringer for Finanstillingsynet. Likevel har finanstillingsloven kun gjennomgått små justeringer. Derfor er det interessant å se hvilken grad av uavhengighet lovgiver opprinnelig mente å gi, og hva som er Finanstillingsynets status i dag. Dette perspektivet vil jeg også ta med gjennom resten av kapitlet.

Før jeg går gjennom status for finanstillingsynene i Norge, Sverige, Danmark og Tyskland, og ser på hvilke tiltak som må gjøres for at Norge skal overholde uavhengighetskravet i CRD IV, vil jeg gi en kort presentasjon av tilsynsorganene i de andre landene i kapittel 6.3.

### 6.2 Kort om Finanstillingsynets utvikling

Dagens Finanstillingsynet het opprinnelig Kredittilsynet. Organet ble opprettet i 1986 ved endring av lov 7. desember 1956 nr. 1 om offentlig tilsyn med banker og andre kredittinstitusjoner etter sammenslåing av Bankinspeksjonen og Forsikringsrådet. Det samordnede tilsynet fører tilsyn med bank-, forsikrings- og verdipapirvirksomheter, og var Europas første integrerte tilsynsmyndighet for hele finansmarkedet.<sup>391</sup> Begrunnelsen for samordningen var blant annet ønsket om effektivisering av administrasjon, utvikling av felles fagkompetanse, og behov for en helhetlig innfallsvinkel ved tilsyn av et stadig mer globalisert og bransjekryssende finansmarked.

En sterk påvirkning på utviklingen av Finanstillingsynet var de stadig økende kravene EFs indre marked stilte til grensekryssende tilsynssamarbeid.<sup>392</sup> Tidligere hadde EF hatt et felles marked, men på 1980-tallet la Kommisjonen fram en plan om å opprette det indre marked hvor tilrettelegging for grenseoverskridende finan-

<sup>390</sup> Se kapittel 5.2.2.

<sup>391</sup> Skauge (2006) s. 169.

<sup>392</sup> Ot.prp.nr.49 (1984–1985) s. 2.

sielle tjenester skulle lette fri bevegelse av varer, tjenester og personer.<sup>393</sup> Fra EFTA-statenes ståsted ble det derfor viktig å få på plass en avtale som sikret at de ikke ble utestengt fra det omfattende indre markedet.<sup>394</sup> Dette var bakgrunnen for inngåelsen av EØS-avtalen. Avtalen ble undertegnet i 1992 og slo blant annet fast at EFTA-landene skulle innta alle reglene for det indre marked, herunder reglene om de fire friheter og konkurransereglene.<sup>395</sup>

Dette er bakgrunnen for at Norge blant annet har inntatt en rekke omfattende EU-rettsakter om finansmarkedet, og at Finanstilsynet har fått ansvar knyttet til grensekryssende virksomhet og etablering.<sup>396</sup> Med Norges deltakelse på det indre marked er Finanstilsynet tillagt en rekke EØS-initierte oppgaver. Disse oppgavene må utføres i samsvar med de kravene EØS-avtalen stiller. Det byr på mange utfordringer å kombinere nasjonale tilsyn med etableringsadgang i andre EØS-land.<sup>397</sup> Blant annet byr samarbeid med andre medlemsstater, tilsyn med utenlandske foretak og målet om ensartet tilsyn på det indre marked på utfordringer.

### 6.3 Kort om Sverige, Danmark og Tyskland

Kravet om uavhengighet for Finanstilsynet er foreløpig ikke gjennomført i norsk rett. Derfor ser jeg til tre andre europeiske land som har sikret sine nasjonale finanstilsyn en viss grad av uavhengighet, som et bidrag til forståelsen av hvordan Finanstilsynets uavhengighet kan gjennomføres. Kravet om uavhengige forvaltningsorganer er gjennomført ulikt i EØS-medlemsstatene, og landene jeg har valgt – Sverige, Danmark og Tyskland – representerer tre ulike gjennomføringsformer. I dette kapitlet gir jeg en kort presentasjon av landenes tilsynsorganer.

Sverige og Danmark er relevante å sammenligne seg med på grunn av vår felles nordiske rettstradisjon. Samtidig er landenes forvaltninger svært ulikt organisert. Danmark representerer i likhet med Norge den vestnordiske forvaltningsrettstradisjonen, mens Sverige representerer østnordisk forvaltningsrettstradisjon.<sup>398</sup> Derfor vil en sammenligning med disse to landenes organisering av nasjonale tilsynsorganer gi ulike perspektiver. Til slutt vil jeg se på hvordan Tyskland har organisert sitt finanstilsyn. Tyskland er valgt fordi de har et av Europas største nasjonale finansmarkeder og markerer seg som retningsangivende i EU.

I Sverige er det relevante organet Finansinspektionen.<sup>399</sup> Sveriges statsmakter følger ikke det tradisjonelle maktfordelingsprinsippet, men plasserer organer under enten regjeringen eller Riksdagen. Med mindre et organ er underordnet Riksdagen ved lov, er det underlagt regjeringen.<sup>400</sup> Verken regeringsformen eller förordningen (2009:93) med instruktion för Finansinspektionen legger Finansinspektionen under Riksdagen. Jeg forstår fra dette at Finansinspektionen er underordnet regjeringen.

I Danmark er det relevante organet det danske Finanstilsynet.<sup>401</sup> Finanstilsynet er plassert under Erhvervsministeriet i forvaltningshierarkiet, og er i utgangspunktet underlagt erhvervsministerens instruksjonsmyndighet, med mindre annet er fastsatt i særlovgivning.<sup>402</sup>

<sup>393</sup> COM/85/310 s. 6 og 32.

<sup>394</sup> Arnesen mfl. (2022) s. 26.

<sup>395</sup> Ibid. s. 26.

<sup>396</sup> NOU 2023:6 s. 26.

<sup>397</sup> Ibid. s. 11.

<sup>398</sup> NOU 2019:5 s. 127 og Wenander (2022) s. 25.

<sup>399</sup> Förordning (2009:93) med instruktion för Finansinspektionen 1 § og Lag (2014:966) om kapitalbuffertar (heretter buffertlagen) kap. 1 § 3 og Lagen (2914:968) om särskild tillsyn över kreditinstitut och värdepappersbolag (heretter tillsynslagen) kap. 1 § 4.

<sup>400</sup> Regeringsformen (1974:152) (heretter regeringsformen) kapittel 12 § 1.

<sup>401</sup> Lov om finansiel virksomhed § 344 (1).

<sup>402</sup> Lov om finansiel virksomhed § 344. Mørup mfl. (2022) s. 21 og s. 24 flg.

I Tyskland er det relevante organet Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin).<sup>403</sup> BaFins organisering er regulert i Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz (FinDAG). Ifølge FinDAG § 2 er BaFin underlagt det tyske finansdepartementets (BMFs) rettslige og faglige tilsyn.<sup>404</sup> Det innebærer at departementet kan vurdere både lovligheten og hensiktsmessigheten av BaFins vedtak.<sup>405</sup>

## 6.4 Funksjonell uavhengighet

### 6.4.1 Instruks

#### 6.4.1.1 Om instruksjonsadgang

Finansdepartementet har i dag alminnelig instruksjonsmyndighet overfor Finanstillsynet. I tillegg har departementet adgang til å fastsette nærmere regler for tilsynets virksomhet gjennom forskrift, jf. finanstillsynsloven § 2. Departementet benyttet ikke forskrift, men den generelle instruksjonsadgangen, da det ga Hovedinstruksen som fastsetter Finanstillsynets samfunnsoppdrag, ansvar og myndighet. Mer detaljert instruks følger i årlige tildelingsbrev som formidler Stortingets vedtak og departementets føringer og forventninger.<sup>406</sup>

Tildelingsbrevet er en overordnet styring av Finanstillsynet som bygger på ideen om mål- og resultatstyring av statlige etater. Dette er ment å gi etatene frihet til å utføre oppgavene sine effektivt.<sup>407</sup> Innenfor rammene av Hovedinstruksen og tildelingsbrevet er det opp til Finanstillsynets styre å fastsette tilsynets strategi og forretningsorden, samt prioritere hvilke saker som skal behandles.<sup>408</sup>

Departementets kompetanse til å gi et organ bindende instruks, representerer ifølge Smith et «åpenbart» inngrep i organets uavhengighet.<sup>409</sup> Dette gjelder selv om Finanstillsynet i dag har stor grad av faktisk uavhengighet.<sup>410</sup> Finanstillsynet kan ikke sies å være uavhengig i dag.

Hierarkiet i den svenske forvaltningen innebærer ikke alminnelig instruksjonsmyndighet for overordnet organ i enkeltsaker som gjelder myndighetsutøvelse og lovanvendelse, slik som i Norge.<sup>411</sup> Dette følger av regeringsformen kapittel 12 § 2 som lyder:

«Ingen myndighet, inte heller riksdagen eller en kommuns beslutande organ, får bestämma hur en förvaltningsmyndighet i ett särskilt fall ska besluta i ett ärende som rör myndighetsutövning mot en enskild eller mot en kommun eller som rör tillämpningen av lag».<sup>412</sup>

<sup>403</sup> Kreditwesengesetz §§ 5 (1) (2) og 6 (1) (1), og Sanierungs- und Abwicklungsgesetz § 3 (1).

<sup>404</sup> På tysk lyder bestemmelsen "Die Bundesanstalt untersteht der Rechts- und Fachaufsicht des Bundesministeriums der Finanzen (Bundesministerium)". Ordlyden er sammenlignbar med regelen om statlig tilsyn med det tyske datatilsynet, som ifølge EU-domstolen ikke var i overensstemmelse med kravet om «full uavhengighet» i C-518/07, se Gurlit (2023) s. 75 og avhandlingens kapittel 4.2.2.

<sup>405</sup> Wellerdt (2021) s. 1102.

<sup>406</sup> Se for eksempel tildelingsbrevet for Finanstillsynet 2023, som angir Stortingets budsjettvedtak og Finansdepartementet styringssignaler for Finanstillsynet for året. Tildelingsbrevet fastsetter generelle delmål for tilsynet, se Finansdepartementet (2022) og Hovedinstruks for Finanstillsynet 2020 kapittel 5.2, gitt jf. Reglement for økonomistyring i staten § 3.

<sup>407</sup> NOU 2023:6 s. 64.

<sup>408</sup> Ot.prp.nr.49 (1984–1985) s. 6 og Finanstillsynet (2022).

<sup>409</sup> Smith (2002) s. 517.

<sup>410</sup> NOU 2023:6 s. 12.

<sup>411</sup> Bragdø-Ellenes (2014) s. 53 og von Essen (2022) s. 30.

<sup>412</sup> Regeringsformen (1974:152) kapittel 12 § 2.



Kompetansen til å gi generelle retningslinjer ligger fortsatt til regjeringen.<sup>413</sup> Finansinspektionens uavhengighet er ikke lovfestet, men følger av den nasjonale forvaltningsrettens struktur.

Det danske finanstilsynets tilsynskompetanse er hjemlet i Lov om finansiel virksomhed § 344. Ifølge bestemmelsens andre ledd, siste setning, har Finanstilsynets styre «ansvaret for tilsynsvirksomhedens tilrettelæggelse». Dette ble lagt til ved lovendring i 2007.<sup>414</sup> Lovgiver uttalte i denne forbindelse at endringen innebar en formalisering av uavhengigheten tilsynet allerede hadde i praksis. Tidligere hadde det danske Finanstilsynet høy grad av *faktisk* uavhengighet «af det politiske system for så vidt angår tilsynsvirksomheden», ved at ministeren i praksis ikke benyttet seg av instruksjonsadgangen.<sup>415</sup> Etter endringen har Finanstilsynet rettslig uavhengighet, men kun i tilsynsvirksomheten. Med tilsynsvirksomhet menes «det løbende tilsyn med de finansielle virksomheder, verdipapirmarkedet m. v.»<sup>416</sup> Dette betyr at Erhvervsministeren fortsatt beholder instruksjonsmyndighet om annet enn tilsynsvirksomhet, som for eksempel reguleringsvirksomhet og krisehåndtering.<sup>417</sup>

I tysk rett er utgangspunktet at offentlige organer får sin demokratiske legitimitet gjennom å være underlagt en strengt hierarkisk struktur, men det finnes unntak.<sup>418</sup> BaFin er et eksempel på et uavhengig organ med ansvar for såkalt indirekte statsforvaltning.<sup>419</sup> Slike organer er i utgangspunktet ikke underlagt noen ulovfestet instruksjonsadgang.<sup>420</sup> Det er altså FinDAG § 2 som, ved å lovfeste departementets rettslige og faglige tilsyn, etablerer departementets instruksjonsadgang.<sup>421</sup>

Tyskland deltar også i tilsynssamarbeidet SSM og bankavviklingssamarbeidet SRM.<sup>422</sup> Innenfor anvendelsesområdet til SSM og SRM skal BaFin og de andre nasjonale kompetente myndighetene være uavhengige, både fra instruks og ytre påvirkning.<sup>423</sup> Tysklands forfatningsdomstol bekreftet i 2019 at uavhengigheten i forbindelse med disse oppgavene er forenelig med den tyske grunnloven.<sup>424</sup> Etter denne avgjørelsen finner FinDAG § 2 ikke lenger anvendelse på BaFins virksomhet i kraft av SSM- og SRM-forordningene.<sup>425</sup>

Tysk rett om finanstilsyn er under utvikling og er særlig preget av en nylig hendelse. Derfor er organiseringen av det tyske finanstilsynet spesielt interessant og vil vies en del plass. I 2020 kollapset det tyske betalingselskapet Wirecard, og det oppsto raskt mistanke om at firmaet hadde vært involvert i bedrageri.<sup>426</sup> Etter skandalen undersøkte ESMA hvordan det kunne ta så lang tid før BaFin iverksatte tiltak, og det ble avdekket betydelige mangler ved tilsynet. Av ESMA's rapport fram-

<sup>413</sup> Finansinspektionen er for eksempel underlagt den svenske regjeringens overordnede styring gjennom reguleringsbrev, se Ekonomistyrningsverket (2022).

<sup>414</sup> Lov om ændring af lov om finansiel virksomhed og forskellige andre love.

<sup>415</sup> Forslag til lov om ændring af lov om finansiel virksomhed og forskellige andre love, punkt 2.6 (heretter forslag til endring av lov om finansiel virksomhed).

<sup>416</sup> Forslag til endring av lov om finansiel virksomhed punkt 2.6.

<sup>417</sup> Forslag til endring av lov om finansiel virksomhed punkt 2.6.

<sup>418</sup> Wellerdt (2021) s. 1103.

<sup>419</sup> § 1 FinDAG i Gurlit (2023) s.76.

<sup>420</sup> Grundgesetz artikkel 86 (2), se Dürig (2022) kommentar til artikkel 86.

<sup>421</sup> Gurlit (2023) s. 76.

<sup>422</sup> Single Supervisory Mechanism og Single Resolution Mechanism. Deltakerne i bankunionen er alle eurolandene i tillegg til Bulgaria.

<sup>423</sup> SSM-forordningen artikkel 19 (1) og SRM-forordningen artikkel 47. Se også avhandlingens kapittel 5.2.4.

<sup>424</sup> BVerfGE 151, 202 avsnitt 219 flg. og avsnitt 278 flg. BaFins legitimasjon gjennom den europeiske sentralbankens (ECB) rapportering til nasjonale myndigheter og domstolskontroll anses for å være tilstrekkelig, se SSM-forordningen artikkel 21 og Gurlit (2022) s. 78.

<sup>425</sup> Gurlit (2022) s. 78.

<sup>426</sup> ESMA (2020) s. 7.

kommer det at BaFin og BMF hadde hyppig kommunikasjon om Wirecard, både i brev og over telefon.<sup>427</sup> Det ble ikke påvist noen faktisk politisk intervensjon, men ESMA pekte på en betydelig risiko for at departementet kunne påvirke tilsynet.<sup>428</sup> Dette er nok et eksempel på den nære sammenhengen mellom markedsinteresser og politiske interesser.

I 2021 ble FinDAG endret ved Gesetz zur Stärkung der Finanzmarktintegrität, en reform som er ment å styrke markedets og tilsynets integritet. Reformen legger mer tilsynskompetanse direkte til BaFin, og er en respons på Wirecard-skandalen.<sup>429</sup> Som et resultat av kollapsen ble tilliten til BaFin svekket og det ble stilt spørsmål ved BaFins uavhengighet.<sup>430</sup> Forslag om å gi BaFin rettslig politisk uavhengighet – et såkalt «ministerialfreien Raum» – fikk imidlertid ikke flertall, og FinDAG § 2 står urørt.<sup>431</sup>

BMF og BaFin har avtalt syv prinsipper som skal ligge til grunn for tilsynet som er hjemlet i loven.<sup>432</sup> Her utdypes relasjonen mellom tilsynsorganet og departementet nærmere. Dokumentets andre prinsipp, som gjelder utøvelsen av departementets rettslige og faglige tilsyn, fastsetter at BMF skal respektere BaFins operative uavhengighet.<sup>433</sup> Dette innebærer ifølge dokumentet at BMF ikke skal gjennomføre forhåndskontroll av BaFins tilsynstiltak med mindre departementets deltakelse kreves i lov. Dette kan tolkes som en avtale om at BaFin ikke skal instrueres i forbindelse med utøvelse av tilsynsarbeidet. Tilsynstiltakene som er omfattet av dette prinsippet er enkeltvedtak rettet mot enkelte tilsynsobjekter. Også generell forvaltning er omfattet, så fremt det ikke har karakter av regulering. Prinsippene gir inntrykk av respekt for BaFins selvbestemmelse, samt en viss formalisering av hvordan overordnet styring skal foregå. De ser også ut til å nyansere regelen i FinDAG § 2.

De syv prinsippene er en overenskomst mellom BaFin og BMF, og er derfor verken politisk gitte regler med demokratisk forankring eller et styringsdokument som ligner tildelingsbrevet Finansdepartementet gir det norske Finanstilsynet.<sup>434</sup> Sett i sammenheng med skillet mellom rettslig og faktisk uavhengighet kan det vanskelig sies at dette dokumentet gir BaFin rettslig uavhengighet. Dokumentet gir heller uttrykk for departementets – og tilsynets – oppfatning av BaFins faktiske uavhengighet.

#### 6.4.1.2 Om «tilsyn» i Norge

Gjennomgående for de andre landenes tilsynsorganer er at uavhengigheten er begrenset til en del av deres oppgaver. Som jeg viste i kapittel 5.3.3 er tilsyn et

<sup>427</sup> Ibid. s. 57.

<sup>428</sup> Gurlit (2023) s. 70. ESMA's kritikk av den nære koblingen mellom BaFin og departementet kunne ikke basere seg på noen sekundærrettslige krav om uavhengighet for nasjonale tilsynsorganer, fordi dette ikke finnes på verdipapirirområdet. Derfor baserer rapporten seg heller på direktiv 2004/109/EF om harmonisering af gennemsigtighedskrav i forbindelse med opplysninger om udstedere, hvis værdipapirer er optaget til handel på et regulert marked, og om ændring af direktiv 2001/34/EF, se Gurlit (2023) s. 75.

<sup>429</sup> Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz og BaFin (2021).

<sup>430</sup> Wellerdt (2021) s. 1102.

<sup>431</sup> Dechent (2015) s. 767 og Gurlit (2023) s. 71.

<sup>432</sup> BaFin (2022). Retningslinjene ble oppdatert i 2022 og kan derfor også sees på som et resultat av den seneste utviklingen.

<sup>433</sup> I dette avsnittet refererer jeg til Grundsätze der Zusammenarbeit punkt 2.

<sup>434</sup> I tysk rett har dokumentet rang som «Verwaltungsvorschrift», se Gurlit (2023) s. 79. Dette er en fellesbetegnelse for dokumenter som verken er lov eller forskrift, men som har bindende virkning internt i forvaltningen og som gir utfyllende tolkningsbidrag til lov eller forskrift. Eksempler på dokumenter som kan falle inn under denne kategorien er retningslinjer, instruks og rundskriv. I dette tilfellet bærer dokumentet i tillegg et preg av samarbeid mellom BMF og BaFin. Samarbeidsaspektet framkommer av setningen: «Daher vereinbaren BMF und BaFin folgende Prinzipien ihrer Zusammenarbeit» (min utheving).

uklart begrep, og dette foranlediger nasjonale variasjoner. I både dansk og tysk rett ser det ut til å være den nasjonale forståelsen av begrepet som ligger til grunn for uavhengighetskravet. Derfor ser jeg kort på hvilken forståelse av begrepet tilsyn som vil følge av norsk rett.

I *Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet* utleder Stub tilsynsbegrepet i norsk forvaltning med utgangspunkt i norske lovbestemmelser som gir tilsynskompetanse. Han finner at uavhengighet har tre kjennetegn.<sup>435</sup> Basert på disse kjennetegnene definerer Stub tilsynsvirksomhet som «en løpende, formålsstyrt virksomhet som tar sikte på å avklare om andre overholder generelle eller individuelle rettslige forpliktelser, og å vurdere om det i tilfelle bør ilegges reaksjoner eller sanksjoner ved brudd».<sup>436</sup>

Det første kjennetegnet er at tilsynsvirksomheten er en løpende, formålsstyrt virksomhet. Med *løpende* forstås at tilsynet foregår kontinuerlig og med *formålsstyrt* menes det å avgrense mot tilfeller hvor forvaltningen kommer over lovbrudd ved tilfeldighet, uten at de ser etter det. For det andre gjelder virksomheten tilsyn med andre, altså ikke internt i organisasjonen. For det tredje er tilsynsvirksomheten rettet mot håndheving av rettslige forpliktelser. Det må ifølge Stub «trekkes en grense mot kontrolltiltak som foretas før forpliktelsen etableres, f. eks. som ledd i behandlingen av en søknad».<sup>437</sup> Formålet med tilsynsvirksomheten er etter dette kjennetegnet å undersøke om det foreligger brudd på rettslige forpliktelser, ikke å undersøke om vilkårene for en tillatelse er oppfylt. Selv om vilkårene ikke skulle være oppfylt, foreligger det ikke av den grunn brudd på noens rettslige forpliktelser. Dersom vilkårene for en tillatelse ikke er oppfylt, blir søknaden i verste fall ikke innvilget.

Bruk av denne definisjonen på CRD IV innebærer at det å fatte vedtak om tillatelse til å utøve virksomhet som kredittinstitusjon vil falle utenfor det som er tilsynsoppgaver. Skillet mellom tillatelse og tilsyn er gjennomgående i norsk rett. Også Forvaltningslovutvalget skiller mellom det å gi tillatelse på den ene siden og det å stå for tilsyn på den andre siden.<sup>438</sup> Det samme skillet oppstilles i tilsynsmeldingen fra 2002, hvor vedtak om tillatelse nevnes som en beslektet oppgave til tilsynsoppgaven.<sup>439</sup> Her uttales også at tillatelse er et normerende vedtak, mens tilsynsoppgaven kun gjelder iverksettelse av vedtaket, og derfor er av sekundær karakter. Statistikklovutvalget har en tilsvarende forståelse av ordet når de bruker Finanstilsynets styres tilsynsvedtak om inndragning, men ikke tildeling, av tillatelse som eksempel på tilsyn.<sup>440</sup>

I kapittel 5.3.3 konkluderte jeg med at også CRD IV selv ser ut til å skille mellom tilsyn og tillatelse. Jeg vil likevel gjenta at behovet for uavhengighet ser ut til å gå lengre enn en slik tilsynsdefinisjon gjør. Jeg vil også peke på at Tysklands forståelse av tilsyn ser ut til å omfatte en større del av tilsynsorganets oppgaver enn det som følger av norsk rett. Danmarks forståelse av tilsyn er vag, men i hovedsak sammenfallende med den norske. I Sverige begrenses ikke uavhengigheten til såkalte tilsynsoppgaver. Dermed får uavhengighetskravet ulikt utslag i ulike land.

#### 6.4.2 Klage og omgjøring

Både Bankinspeksjonens og Forsikringsrådets avgjørelser kunne tidligere bringes inn for en ankenemnd. Reglene om klage på etatenes avgjørelser ble ikke videreført da disse ble samordnet i Kredittilsynet, ettersom klagenemndene var en

<sup>435</sup> I det følgende refererer jeg til Stub (2011) s. 48–50.

<sup>436</sup> Stub (2011) s. 50

<sup>437</sup> Ibid. s. 50

<sup>438</sup> NOU 2019:5 s. 524.

<sup>439</sup> St.meld. nr. 17 (2002–2003) s. 23.

<sup>440</sup> NOU 2018:7 s. 125

supplerende særordning som sjelden ble benyttet i praksis.<sup>441</sup> Dermed gjelder forvaltningslovens alminnelige klageregler for Finanstilsynet.

De relevante reglene finnes i forvaltningslovens kapittel VI om klage og omgjøring. Etter forvaltningsloven § 28 (1) kan enkeltvedtak påklages til nærmeste overordnede forvaltningsorgan. Klageinstansen kan ifølge forvaltningslovens § 34 (1) prøve alle sider av saken og treffe nytt vedtak eller sende det tilbake til ny behandling. Klageinstansen for Finanstilsynets vedtak er Finansdepartementet.<sup>442</sup> I tillegg kan departementet også omgjøre vedtaket uten klage dersom vilkårene i § 35 (1) er oppfylt.<sup>443</sup>

Forvaltningslovens klageregler er begrunnet i viktige hensyn som klagers rettsikkerhet, målet om riktig resultat og ikke minst den hierarkiske organiseringen av den utøvende makt.<sup>444</sup> Dette bygger på tanken om at underordnet forvaltningsorgan fatter vedtak med delegert myndighet eller er underlagt instruks fra overordnet forvaltningsorgan. I slike tilfeller bør det overordnede forvaltningsorganet kunne behandle klagen og slik etterprøve om dens føringer blir etterlevd.

Spørsmålet om klageadgang er derfor i stor grad et spørsmål om kompetansefordeling. Forvaltningslovens klageordning innebærer i praksis at beslutningsmyndigheten, og dermed uavhengigheten, til det underordnede forvaltningsorganet mister sin realitet, all den tid vedtaket alltid kan omgjøres lengre opp i systemet.<sup>445</sup> Det kan vanskelig sies å foreligge uavhengighet mellom to organer når det ene har kompetanse til å omgjøre det andres vedtak.<sup>446</sup> Omgjøring gir samme resultat som instruks ville gitt og må derfor, i likhet med instruksjonsadgang, være et åpenbart inngrep i organets uavhengighet.

Uavhengige forvaltningsorganer kan selvfølgelig også fatte feil vedtak. Ivaretagelsen av rettssikkerheten til den eller de som er omfattet av et feilaktig vedtak kan ivaretas på to måter som ikke svekker organets uavhengighet. Vedtaket kan enten behandles av domstolen eller av et uavhengig klageorgan. Da reglene om ankenemnd ble opphevet i forbindelse med opprettelsen av Kredittilsynet, førte dette til at tilsynets uavhengighet ble svekket, sammenlignet med tidligere.

I Danmark er adgangen til å påklage et forvaltningsvedtak til et overordnet forvaltningsorgan en ulovfestet rettighet.<sup>447</sup> I tillegg gir særlovgivning regler om klageadgang. Ifølge lov om finansiel virksomhet § 372 kan avgjørelser truffet av det danske Finanstilsynet bringes inn for Erhvervsankenævnet, som er en uavhengig klagenemnd.<sup>448</sup> Ifølge den svenske buffertlagen kapittel 11 § 1 og lagen (2914:968) om särskild tillsyn över kreditinstitut och värdepappersbolag kapittel 11 § 1 klages Finansinspektionens vedtak inn for forvaltningsdomstolen, ikke overordnet forvaltningsorgan. Hva gjelder tysk rett, framkommer det verken av FinDAG eller de syv prinsippene hvem som er klageorgan for BaFins vedtak. Tyskland har imidlertid i likhet med Sverige egne forvaltningsdomstoler. Krav om at klager skal behandles av en uavhengig klagenemnd anses normalt oppfylt ved at saken går til en forvaltningsdomstol.<sup>449</sup>

<sup>441</sup> Ot.prp.nr.49 (1984–1985) s. 10.

<sup>442</sup> Med unntak av den nokså nylig opprettede Revisor- og regnskapsklagenemnda, se NOU 2021:1 kapittel 5.4. Departementene står i dag bare for ti prosent av den totale klagesaksbehandlingen. Av disse ti prosentene er altså blant annet Finanstilsynets vedtak, se NOU 2019:5 kapittel 24.1.

<sup>443</sup> Jf. forvaltningsloven § 35 (2)–(5).

<sup>444</sup> NOU 2019:5 s. 366–367.

<sup>445</sup> Vektlagt i arbeidet med ny sentralbanklov, se Prop.97 L (2018–2019) s. 112.

<sup>446</sup> Smith (2002) s. 511.

<sup>447</sup> Ordningen kalles ”rekurs” på dansk, se Bønsing (2016) s. 359.

<sup>448</sup> Lovbekendtgørelse 2013-12-10 nr. 1374 om Erhvervsankenævnet § 1 (2).

<sup>449</sup> Eriksen og Fredriksen (2019) s. 133.

### 6.4.3 Vurdering

Finanstilsynet er i dag underlagt instruksjon fra Finansdepartementet, men blir sjelden instruert. Denne selvstendigheten innebærer imidlertid ingen garanti for uavhengighet, og er heller ikke formalisert i lovs form. Statusen Finanstilsynet har etter gjeldende rett oppfyller ikke kravet i CRD IV artikkel 4 (4). Tilsvarende må Tysklands lovfesting av departementets instruksjonsadgang sies å være i strid med kravet om uavhengighet. Den tyske forfatningsdomstolen har fastslått at BaFin skal være uavhengig i relasjon til SSM og SRM, men har ikke kommentert uavhengighetskravet i CRD IV. Dette kan bli nok et eksempel på at Tysklands egen vurdering av nasjonale myndigheters kompetanse ikke er i overensstemmelse med EUs tankegang om hva som er nødvendig.<sup>450</sup>

Til sammenligning nyter Finansinspektionen i Sverige stor grad av uavhengighet ved at organet ikke kan instrueres i enkeltsaker og kun er underlagt generelle føringer fra regjeringen. Klage på vedtakene behandles av forvaltningsdomstolen. I Danmark nyter det danske Finanstilsynet rettslig uavhengighet ved utøvelse av tilsynsvirksomhet, ved at ministerens instruksjonsadgang er avskåret, og ved at klager bringes inn for en uavhengig nemnd.

Både det svenske og det tyske forvaltningssystemet skiller seg fra norsk forvaltning på mange måter. Dansk forvaltning derimot, har mange likhetstrekk med norsk forvaltning. Felles for Sverige, Danmark og Tyskland er at deres nasjonale finanstilsyn i en viss grad er rettslig løst fra instruksjon i enkeltsaker. I både Danmark og Sverige er dette fastsatt i lov, men den svenske bestemmelsen er tydeligere på hva uavhengigheten innebærer enn den danske. I lys av forarbeidene framstår det likevel klart at også det danske Finanstilsynet er uavhengig fra instruks i tilsynsutøvelsen. I Tyskland hjemles departementets instruksjonsadgang i den relevante loven, men begrenses av interne retningslinjer. I alle tre landene sikres instruksjonsfrihetens realitet ved at klager på finanstilsynets vedtak behandles av en uavhengig klagenemnd eller forvaltningsdomstol.

Det er interessant å se at de ulike forvaltningssystemene har gjennomført uavhengighetskravet på ulike måter, men at sluttresultatet i de tre landene er nokså likt. Det gjennomgangen av de andre landenes finanstilsyn også viser, er at en regel om uavhengighet ved utøvelse av tilsynsoppgaver kan få ulikt utslag i ulike land, fordi tilsynsbegrepet har et uklart innhold. Dette er problematisert i kapittel 5.3 og kapittel 6.4.1. Jeg vil også påpeke at ingen av landene jeg har sett til har gjennomført uavhengighetskravet uforbeholdent og like tydelig som det Kommisjonen tar til orde for i sitt forslag til endring av artikkel 4.<sup>451</sup> Det er nok heller ikke nødvendig for å overholde direktivets krav slik det står i dag.

For at Norge skal overholde kravet i CRD IV artikkel 4 (4) må Finanstilsynet sikres rettslig uavhengighet ved utøvelsen av tilsyn, gransking og sanksjoner. Akkurat hvilke oppgaver dette omfatter, beror på en tolkning av direktivet. I Norge regnes det å gi tillatelse til å drive bank tradisjonelt som en forvaltningsoppgave, og ikke en tilsynsoppgave.<sup>452</sup> For tolkningen av EU-rettsakter er det riktignok ikke tilstrekkelig å se på den nasjonale forståelsen av et begrep, men Norges praksis

<sup>450</sup> Analogt om Tysklands holdning til bankunionen i Waldhoff og Dieterich (2013) s. 80. Rettspraksis om EU-rettslige uavhengighetskrav viser at Tyskland flere ganger har tolket kravet mindre strengt enn det som er riktig ifølge EU-domstolen. Se f. eks. sak C-518/07 og sak C-718/18.

<sup>451</sup> Se kapittel 5.3.4.

<sup>452</sup> Finansforetaksloven § 3-2 gir i dag Finansdepartementet kompetansen til å gi tillatelser, men denne er i stor grad delegert til Finanstilsynet, NOU 2023:6 s. 57.

ser likevel ut til å harmonere med oppsettet i CRD IV.<sup>453</sup> I denne forbindelse er det verdt å bemerke at tilsynsbegrepet som vist i kapittel 5.4 også må omfatte regelforståelsen som ligger til grunn for tilsynet. Dette innebærer at et uavhengig organ ikke kan instrueres slik som i eksemplet i kapittel 1.2.<sup>454</sup>

Som vist i kapittel 4.2.3 er frihet fra instruks ikke tilstrekkelig til å oppfylle uavhengighetskravet. Finanstilsynets vedtak må behandles av et uavhengig klageorgan for å unngå at departementet i praksis har adgang til å styre resultatet i enkeltsaker ved å omgjøre tilsynets vedtak.

Finanstilsynslovutvalget har foreslått at Finanstilsynets uavhengige stilling skal følge av lov som slår fast at tilsynet ikke kan instrueres av departementet i enkeltsaker.<sup>455</sup> Forslaget inneholder imidlertid visse unntak. Unntakene er vedtak om tillatelse til å drive virksomhet, sammenslåing og deling av foretak, samt tillatelse til etablering av filial og til erverv av kvalifisert eierandel.<sup>456</sup> Den generelle instruksjonsadgangen foreslås ikke begrenset.

Utvalgets forslag er i overensstemmelse med funnene i kapittel 5, ved at Finanstilsynet er foreslått skjermet mot departementets instruks og omgjøring. Jeg vil imidlertid se på tre av vedtakstypene utvalget foreslår at departementet likevel skal kunne instruere om. Tillatelse til å drive virksomhet etter CRD IV er som vist i kapittel 5.3.3 ikke en tilsynsoppgave i direktivets forstand. Det samme gjelder reglene om tillatelse til erverv av kvalifiserende eierandel i en kredittinstitusjon. Reglene finnes i CRD IV artikkel 22 flg. og inngår i direktivets del III om tillatelse til å utøve virksomhet. I tillegg er vurderingen tilsvarende egnethetsvurderingen som inngår i tillatelsesvurderingen, jf. artikkel 14. Dette taler for at tilfellene skal behandles likt. Som vist i fotnote 370 kan også tillatelse til etablering av filial skilles fra direktivets tilsynsoppgaver. Finanstilsynslovens forslag er dermed i stand til å sikre Finanstilsynets uavhengighet slik det kreves i CRD IV artikkel 4 (4).

I sakene hvor departementet ikke kan instruere tilsynet foreslår utvalget også å avskjære departementets adgang til å omgjøre Finanstilsynets vedtak etter forvaltningsloven § 35.<sup>457</sup> Som følge av forslaget foreslår utvalget at det opprettes en uavhengig klagenemnd for disse sakene.<sup>458</sup> Finanstilsynsklagenemndas kompetanse skal tilsvare det området der Finanstilsynet ikke kan instrueres. Nemnda skal ikke være underlagt departementets instruksjon, verken om behandlingen av de enkelte klagesakene eller om generell lovforståelse.<sup>459</sup> Finanstilsynslovutvalget foreslår også en bestemmelse som gir myndighetene en begrenset adgang til søksmål i saker som er avgjort av Finanstilsynsklagenemnda, dersom vedtaket bygger på feilaktig faktisk grunnlag eller uriktig oppfatning av et rettsspørsmål.<sup>460</sup>

---

<sup>453</sup> Se kapittel 5.3.3. Motsatt argumenterer mindretallet i NOU 2023:6 på side 153–154 for at EU-lovgiver ikke har ment å begrense kravet til uavhengighet til å bare gjelde en avgrenset gruppe oppgaver. Dette underbygges for det første med at Kommisjonens endringsforslag til artikkel 4 er omtalt som en presisering av gjeldende rett og for det andre med at EU-retten ikke sonderer mellom tilsyns- og forvaltningsoppgaver slik som norsk rett gjør. Det siste argumentet kan godt stemme, men ordlyden i de ulike bestemmelsene og direktivets struktur taler likevel for at EU-lovgiver har ment å oppstille et skille mellom tillatelse på den ene siden og tilsyn på den andre.

<sup>454</sup> Se om instruks om regelverksforståelse i kapittel 5.4.

<sup>455</sup> NOU 2023:6 s. 12.

<sup>456</sup> Ibid. s. 215.

<sup>457</sup> Ibid. s. 215.

<sup>458</sup> NOU 2023:6 s.217.

<sup>459</sup> Ibid. s. 217.

<sup>460</sup> NOU 2023:6 s. 217.

## 6.5 Personell uavhengighet

### 6.5.1 Innledning

Hvordan et forvaltningsorgan er organisert, har mye å si for organets uavhengighet. Forvaltningsorganer kan hovedsakelig organiseres på to måter: hierarkisk eller kollegialt. Den vanligste organisasjonsformen for norske forvaltningsorganer er den hierarkiske, som kjennetegnes av at organet har en struktur hvor én øverste leder er ansvarlig. Dette innebærer at overordnede ansatte har instruksjonsmyndighet overfor underordnede ansatte.

Den andre organisasjonsformen er den kollegiale, som kjennetegnes av at organets medlemmer fatter kollektive beslutninger gjennom diskusjoner eller stemmegiving.<sup>461</sup> Den kollegiale organisasjonsformen bygger blant annet på hensynet til uavhengighet, fordi det ikke kan instrueres om hvilket resultat medlemmene skal komme til enighet. Medlemmene i kollegiale organer er ofte rekrutterte i kraft av sin fagkompetanse eller bakgrunn.<sup>462</sup>

Finanstilsynet er hierarkisk oppbygd og ledes av en direktør, men har også et kollegialt styre som er overordnet direktøren.<sup>463</sup> Dermed er tilsynets organisering en mellomting mellom et hierarkisk og et kollegialt forvaltningsorgan.<sup>464</sup> At Finanstilsynet er organisert med et styre som øverste organ, viser at det fra start er tenkt en svakere tilknytning mellom Finansdepartementet og Finanstilsynet enn mellom departementet og andre organer som ikke ledes av et styre.

I dette kapitlet skal jeg se på Finanstilsynets personelle uavhengighet. Siden Finanstilsynet ledes av et styre, er det relevant å se på utvelgelsen av både styret og direktøren.

### 6.5.2 Styre

Styret er Finanstilsynets øverste organ.<sup>465</sup> Deres hovedoppgave er å bidra til at tilsynet virker på en tilfredsstillende måte, noe som innebærer arbeid med generelle og prinsipielle spørsmål.<sup>466</sup> Det er fastsatt i finanstilsynslovens § 2 (2) at Finanstilsynet skal ledes av et styre bestående av fem medlemmer. Medlemmene, samt styrets leder og nestleder utpekes av regjeringen for en periode på fire år. Finanstilsynsloven oppstiller ingen krav eller kriterier som binder departementet ved oppnevningen. I forarbeidene nevnes riktignok behov for bred faglig sammensetning, men det understrekes at oppnevningen skal gjøres på fritt grunnlag.<sup>467</sup>

Ifølge forarbeidene til finanstilsynsloven kan begrunnelsen for valget om bruk av styre i Finanstilsynet deles i tre.<sup>468</sup> For det første vil det styrke tilsynets arbeid at det ledes av et styre med bred kompetanse og erfaringsbakgrunn som kan supplere administrasjonen. For det andre kan det være fordelaktig at prinsipielle avgjørelser er et resultat av drøftelser i et kollegialt organ. For det tredje vektla lovgiver at styrebehandling av interne, administrative spørsmål ville være nyttig. I NOU 2018:7 uttalte Statistikklovutvalget at Finanstilsynets organisering med et styre mellom departementet og direktøren bidrar til å gi tilsynet en viss grad av reell uavhengighet, selv om tilsynet per dags dato ikke har noen lovfestet uavhengighet.<sup>469</sup>

<sup>461</sup> Eckhoff og Smith (2022) s. 113.

<sup>462</sup> Backer (2020) s. 44.

<sup>463</sup> Finanstilsynsloven § 2.

<sup>464</sup> NOU 2019:5 kapittel 32.8.3.

<sup>465</sup> NOU 2023:6 s. 64.

<sup>466</sup> Ot.prp.nr.49 (1984–1985) s. 6.

<sup>467</sup> Ibid. s. 7.

<sup>468</sup> I dette avsnittet refererer jeg til Ot.prp.nr.49 (1984–1985) s. 7.

<sup>469</sup> NOU 2018:7 s. 125.

### 6.5.3 Direktør

Finanstilsynets direktør ansettes etter Finanstilsynsloven § 2 (2) av regjeringen for en periode på seks år. Flere aktører i høringsrunden tok til orde for at direktøren ikke burde ansettes på åremål. Grunnen til dette er at en åremålsordning kan føre til at direktøren opplever seg forpliktet til å handle i tråd med departementets ønske for at han skal gjenoppnevnes. Åremål skal etter forskrift til tjenestemannsloven § 3 (1) ikke benyttes når virksomheten «i hovedsak» har «kontrollerende funksjoner overfor arbeids- eller næringsliv», og hvor det er viktig at lederen har en «uavhengig» stilling.

For Finanstilsynets del anså lovgiver mengden forvaltningsmessige oppgaver for å være så omfattende at virksomheten ikke «i hovedsak» var av kontrollerende art.<sup>470</sup> Dermed var ikke forskriftsbestemmelsen treffende. Det er dessuten vanskelig å forestille seg en løsning som gir høyere grad av uavhengighet, unntatt uavsettelighet.<sup>471</sup>

Skillet mellom kontrollfunksjoner og forvaltningsmessige oppgaver som lovgiver legger til grunn for dette valget er verdt å merke seg. Med forvaltningsoppgaver mener lovgiver for eksempel alminnelige strukturspørsmål innenfor forsikringssektoren, arbeid med stortingsmeldinger og regelverk, men også det å gi tillatelse til utøvelse av virksomhet.<sup>472</sup> Oppgaver av kontrollerende art blir motsetningsvis rene tilsynsoppgaver, som for eksempel undersøkelser av om institusjoners virksomhet er i tråd med relevant lovgivning og granskning av regnskaper. Også forvaltningsoppgavene kan utøves av et uavhengig tilsyn.

Selv om opprettelsen av Kredittilsynet blant annet ble begrunnet i behovet for et tilsyn som var tilpasset et stadig mer internasjonalt integrert marked, forutså altså ikke lovgiver hvordan også forvaltningsoppgavene etter hvert ville være av en slik art at den burde utøves med en viss uavhengighet. Norges tilknytning til EU var ikke like sterk da som den er i dag, og det var heller ikke graden av sammenvevingen av markeder. EØS-retten oppstiller dessuten stadig flere krav til nasjonale tilsynsorganer.

Hvor mye åremålsansettelse påvirker den ansattes uavhengighet i stillingen, kommer an på hvor lang hver periode er og hvor mange perioder hver direktør kan sitte. Åremålsperioden for Finanstilsynet direktør og andre statsansatte er på seks år og kan gjentas en gang.<sup>473</sup> Det samme gjelder sentralbanksjefen.<sup>474</sup> Sammenligningen er relevant fordi både Finanstilsynet og Norges Bank er viktige aktører i arbeidet for finansiell stabilitet og et velfungerende marked. Sentralbanken skiller seg fra Finanstilsynet på mange måter, kanskje særlig ved at Norges Bank er et eget rettssubjekt som eies av staten, ikke et forvaltningsorgan.<sup>475</sup> Dermed er statens ansvar for banken et eieransvar, ikke ansvar som overordnet organ.

Dessuten har behovet for sentralbankens uavhengighet vært anerkjent i forholdvis lang tid, mens kravet om uavhengighet for finanstilsyn er nokså ferskt.<sup>476</sup> Derfor er det ikke overraskende at forslaget om åremål for Finanstilsynets direktør ble gjort med henvisning til at også sentralbanksjefen skulle ansettes på åremål.<sup>477</sup> Sentralbanklovutvalget understreket i forbindelse med ny sentralbanklov at hensynet til sentralbankens uavhengighet tilsier at oppnevningstiden til sentralbanksjefen bør være tilstrekkelig lang.<sup>478</sup> Seks år med mulighet for én gjenoppnevning ble

<sup>470</sup> Ot.prp.nr.49 (1984–1985) s. 7.

<sup>471</sup> Sześciło (2021) s. 209.

<sup>472</sup> Ot.prp.nr.49 (1984–1985) s. 2.

<sup>473</sup> Forskrift til statsansatteloven § 6 (2), jf. statsansatteloven § 10 (4).

<sup>474</sup> Sentralbankloven § 2-9.

<sup>475</sup> Prop.97 L (2018–2019) s. 18.

<sup>476</sup> Syrstad (2003) s. 4.

<sup>477</sup> Ot.prp.nr.49 (1984–1985) s. 7.

<sup>478</sup> Prop.97 L (2018–2019) s. 61.



ansett for å være tilstrekkelig. Samme oppnevningstid for Finanstilsynets direktør som for sentralbanksjefen må sies å oppfylle uavhengighetskravet. Til sammenligning utpekes ledelsen i BaFin for en periode på fem år, mens ledelsen i det danske Finanstilsynet utpekes for opptil 2 år av gangen.<sup>479</sup>

#### 6.5.4 Upartiskhet

Tilsynets styremedlemmer og ansatte kan ikke være ansatt eller ha lønnet arbeid eller være med i styre, representantskap eller tilsvarende organ i noe foretak som er under tilsyn, jf. finanstilsynsloven § 7 (4). Styremedlemmer og ansatte kan heller ikke eie aksjer i eller andeler utstedt av foretak som er under tilsyn, jf. § 7 (8). Dette forhindrer interessekonflikter som kan føre til at tilsynets markedsuavhengighet svekkes. Et slikt krav er ikke inntatt i CRD IV, men er foreslått inntatt i ny artikkel 4 (4).<sup>480</sup>

#### 6.5.5 Vurdering

Uavhengighetskravet i CRD IV artikkel 4 (4) krever som vist i kapittel 5.2 at medlemsstatene sikrer tilsynet den sakkunnskapen, ressursene og myndigheten som skal til for å kunne handle uavhengig ved utøvelsen av tilsynet. Hvordan tilsynet er organisert og hvordan ledelsen utpekes påvirker ulike sider ved tilsynets uavhengighet. Ordningen slik den er i dag er ikke i strid med kravet i EU-retten.

Finanstilsynslovutvalget er delt i spørsmålet om Finanstilsynet skal ledes av et styre eller ikke. Den ene delen av utvalget foreslår en videreføring av ordningen slik den er i dag, hvor styret er Finanstilsynets ledende organ og direktøren står for den daglige ledelsen av virksomheten.<sup>481</sup> Den andre delen av utvalget foreslår at dagens styre avvikles og erstattes av et fagstyre som skal behandle fagsakene, mens virksomheten for øvrig ledes av finanstilsynsdirektøren. Fagstyret skal behandle og avgjøre fagsaker av særlig viktighet eller prinsipiell betydning, og har ikke ansvar for tilsynets strategi, budsjetter, overordnede prioriteringer, eller rent administrative spørsmål.<sup>482</sup> Dette tilfaller direktøren. Fagstyrets rolle vil være å kvalitetssikre vedtak i fagsaker.<sup>483</sup>

Begrunnelsen for de to standpunktene er begge begrunnet i hensynet til uavhengighet. Mens den delen av utvalget som foreslår å videreføre styret som det er i dag understreker at behovet for faglig uavhengighet taler for en videreføring av dagens ordning, anser den andre delen av utvalget ikke den interne organiseringen for å være avgjørende for virksomhetens uavhengighet.<sup>484</sup> Dermed kan uavhengighetskravet etter deres syn ikke begrunne unntak fra den hierarkiske hovedmodellen i norsk forvaltning.<sup>485</sup>

Jeg kan ikke slutte meg til synspunktet om at organiseringen av tilsynet ikke er avgjørende for virksomhetens uavhengighet. Styret har i dag funksjon som en buffer mellom departementet og tilsynet, en funksjon som kan ledes tilbake til opprettelsen av Kredittilsynet. All den tid uavhengighetskravet er direkte knyttet til tilsynsvirksomheten, og ikke til organet i seg selv, kan imidlertid også et fagstyre være i stand til å sikre den uavhengigheten som kreves etter CRD IV.

Markedsuavhengigheten er foreslått videreført slik loven er i dag ved at ansatte og styremedlemmer ikke kan være ansatt eller være med i styret i foretak som er under tilsyn. Det oppstilles også visse begrensninger i adgang til å handle finan-

<sup>479</sup> Se henholdsvis FinDAG § 9 og Lov om finansiell virksomhet § 345 (10)

<sup>480</sup> COM/2021/663 final s. 39 flg. og 2021/0341 (COD) s. 32 flg. Denne delen av forslaget er ikke behandlet tidligere i avhandlingen.

<sup>481</sup> NOU 2023:6 s. 209–210.

<sup>482</sup> Ibid. s. 171.

<sup>483</sup> Ibid. s. 171.

<sup>484</sup> NOU 2023:6 s. 170–171.

<sup>485</sup> Ibid. s. 171.

sielle instrumenter. Finanstilsynslovutvalget foreslår å utvide handleforbudet til også å omfatte obligasjoner.<sup>486</sup> I tillegg er regler om meldeplikt om lån og kausjon samt taushetsplikt foreslått videreført.

## 6.6 Økonomisk uavhengighet

Finanstilsynet må ifølge CRD IV artikkel 4 (4) ha tilstrekkelige ressurser og tilstrekkelig uavhengighet til å ivareta sine tilsynsfunksjoner, men bestemmelsen stiller ikke et uttrykkelig krav om budsjettmessig uavhengighet. Bestemmelsen stiller heller ikke konkrete krav til finansiering av det relevante organet. Som vist i kapittel 5.2.2 innebærer det generelle uavhengighetskravet imidlertid også et krav om at organets økonomiske uavhengighet blir ivaretatt.

Finanstilsynets totale kostnader utliknes i dag på de institusjonene som er underlagt tilsyn, jf. finanstilsynsloven § 9. Dette innebærer at årets utgifter fordeles på alle institusjonene som er underlagt tilsyn i form av en tilsynsavgift. Som vist i kapittel 2.4.4 kan et uavhengig organ finansieres på ulike måter uten at det truer dets uavhengighet. Tyskland bruker også denne ordningen, slik at BaFin er selvfinansiert gjennom tilsynsgebyrer og avgifter,<sup>487</sup> og utlikning er ifølge IMF en indikator finansiell uavhengighet.<sup>488</sup> Finanstilsynslovutvalget foreslår en videreføring av regelen.<sup>489</sup>

Finanstilsynet styres i likhet med andre forvaltningsorganer gjennom statsbudsjettet. Budsjettvedtaket operasjonaliseres av departementet og sendes til Finanstilsynet i form av tildelingsbrev.<sup>490</sup> Tildelingsbrevets styringsfunksjon ble kommentert i kapittel 6.4.1. Overordnet styring i form av budsjettvedtak og tildelingsbrev går ikke inn i enkeltsaker og er derfor ikke til hinder for Finanstilsynets uavhengighet slik den er foreslått sikret gjennom instruksjonsfrihet når det fattes enkeltvedtak.

---

<sup>486</sup> Ibid. s. 212.

<sup>487</sup> § 13 ff. FinDAG.

<sup>488</sup> Se kapittel 2.4.4.

<sup>489</sup> NOU 2023:6 s. 217.

<sup>490</sup> Ibid. s. 64.

## 7 Avslutning

I avhandlingen har jeg vist hvordan fri bevegelighet av finansielle tjenester på det indre marked, muliggjort ved at hjemstatskontroll og hjemstatens tillatelse anerkjennes i alle medlemsstatene, fører til behov for uavhengighet for finanstilsynene i EØS.

Systemet med hjemstatskontroll og gjensidig anerkjennelse medfører at finansforetak i ett land møter konkurranse fra foretak hjemmehørende i andre land, på sitt hjemmarked. Systemet kan føre til at nasjonale markedsaktører legger press på nasjonale tilsyn om å føre næringsvennlig tilsyn, for at de skal kunne være konkurransedyktige i møte med andre medlemsstaters banker. Dette presset kan også rettes mot organer som er overordnet tilsynsorganet, som deretter søker å påvirke tilsynsorganet. Tilsyn som ikke er i samsvar med EØS-rettens krav rokker ved forutsetningen for det indre marked og utgjør en trussel mot den finansielle stabiliteten.

For å sikre finansiell stabilitet i EØS er det vesentlig å ha felles regelverk for tilsyn med kapitalkrav, men dette er ikke tilstrekkelig. Reglene må også anvendes likt. Dette oppnås blant annet gjennom overnasjonalt tilsynssamarbeid. Et sentralt virkemiddel for å oppnå lik tilsynspraksis og tilrettelegge for tilsynssamarbeid er krav om uavhengige tilsynsorganer. Uavhengighetskravet i CRD IV artikkel 4 (4) gjelder både uavhengighet fra markedsaktører og fra politiske organer.

EØS- retten supplerer kravet om nasjonalt uavhengig finanstilsyn med et krav om lojalitet til det europeiske finanstilsynssystemet. Dette bidrar til å gi finanstilsynenes avgjørelser legitimitet. EU-finansbyråene fremmer samarbeid og legger føringer for hvordan finansreguleringen skal forstås og gjennomføres. Dette er til stor hjelp for de nasjonale tilsynene i forbindelse med håndhevelsen av det kompliserte kapitalkravsregelverket. Norges tilknytning til EU-finansbyråene gjennom EFTA-pilaren er sterk nok til at også det norske Finanstilsynet får legitimitet fra det overnasjonale samarbeidet. Det er altså ikke andre hensyn som utgjør «tvingende grunner» til at uavhengighetskravet skal få annet utslag i Norge enn i EUs medlemsstater.

Finanstilsynet har rollen som «vedkommende myndighet» etter CRD IV og må derfor sikres uavhengighet ved utøvelsen av tilsynsoppgaver. Dette krever et brudd med den hierarkiske strukturen i norsk forvaltning. For det første kan Finanstilsynet ikke instrueres i enkeltsaker. I avhandlingen har jeg vist at departementet heller ikke kan gi instruks om regelforståelse, fordi dette vil være til hinder for ensartet tilsynspraksis i medlemsstatene. For det andre må overprøving av Finanstilsynets vedtak gjøres av et uavhengig organ. Finanstilsynslovutvalget har foreslått å opprette Finanstilsynsklagenemnda. Dette vil skjerme tilsynets vedtak fra politisk innflytelse, både på stadiet før vedtakelse og stadiet etter. Finanstilsynets personelle og økonomiske uavhengighet er allerede tilstrekkelig ivaretatt i dagens regelverk.

EØS-rettens krav om uavhengig tilsynsorgan, kombinert med utfyllende harmoniserende finansmarkedsregulering som etterlater lite rom for nasjonale prioriteringer, leder til en avpolitisering av det nasjonale tilsynet med finansmarkedet.

## Litteraturliste

### Litteratur

- Alexander (2020). Alexander, Kern and Vivienne Madders. "Financial market regulation in the internal market." In *The EU law of economic and monetary Union*. Fabian Amtenbrink ed., Oxford: Oxford University Press, 2020, p. 1070–1102.
- Armour mfl. (2016). Armour, John et al. *Principles of Financial Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- Arnesen mfl. (2022). Arnesen, Finn mfl. *Oversikt over EØS-retten*. Oslo: Universitetsforlaget, 2022.
- Arnesen (2015). Arnesen, Finn. «Om den babelske vending i norsk rett.» i *Lov og Rett*, vol. 54, utg. 6, 2015, s. 344–362. [Lest i Idunn.no].
- Arnesen og Stenvik (2015). Arnesen, Finn og Are Stenvik. *Internasjonalisering og juridisk metode*. 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget 2015.
- Backer (2020). Backer, Inge Lorange. «Uavhengige forvaltningsorganer i Norge.» I *Uten sammenligning. Festskrift til Eivind Smith 70 år*. Iris Nguyen Duy, Sunniva Bragdø-Ellenes, Inge Lorange Backer mfl. red., Bergen: Fagbokforlaget: 2020, s. 37–54.
- BaFin (2021). *Nach Wirecard: Mehr Kompetenzen für die BaFin*. (15.6.2021) [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Fachartikel/2021/fa\\_bj\\_2106\\_FISG.html](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Fachartikel/2021/fa_bj_2106_FISG.html). Lest: 4.5.2023.
- BaFin (2022). *Grundsätze der Zusammenarbeit zwischen Bundesministerium der Finanzen (BMF) und Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin)*. (17.5.2022). [https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Anlage/dl\\_bmf\\_bafin\\_grundsaeetze\\_zusammenarbeit.html](https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Anlage/dl_bmf_bafin_grundsaeetze_zusammenarbeit.html). Lest: 4.5.2023.
- Barlund (2020). Barlund, Ingrid Margrethe Halvorsen. «ESA som tilsynsmyndighet av finansielle teneste i den indre marknad.» i *Lov og Rett*, vol. 59, nr. 5, 2020, s. 261–273. [Lest i Idunn.no].
- Basel III (2010). *Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems*, (12.2010) [https://www.bis.org/publ/bcbs189\\_dec2010.pdf](https://www.bis.org/publ/bcbs189_dec2010.pdf). Lest: 10.5.2023.
- BCBS (2010). *Basel Committee on Banking Supervision reforms – Basel III* [https://www.bis.org/bcbs/basel3/b3\\_bank\\_sup\\_reforms.pdf](https://www.bis.org/bcbs/basel3/b3_bank_sup_reforms.pdf). Lest: 28.4.2023.
- BCBS (2012). *Core Principles for Effective Banking Supervision*. <https://www.bis.org/publ/bcbs230.pdf>. Lest: 20.5.2023.
- BCBS (2017). *Finalising Basel III. In brief*. (17.12.2017) [https://www.bis.org/bcbs/publ/d424\\_inbrief.pdf](https://www.bis.org/bcbs/publ/d424_inbrief.pdf). Lest: 28.4.2023.
- Bekkedal og Herzberg (2018a). Bekkedal, Tarjei og Ingrid Herzberg. «Suverenitet og homogenitet. Om Norges tilslutning til EUs finansbyråer (I).» i *Lov og Rett*, vol. 57, nr. 3, 2018, s. 131–157. [Lest i Idunn.no].
- Bekkedal og Herzberg (2018b). Bekkedal, Tarjei og Ingrid Herzberg. «Kompetanse uten kontroll? Om Norges tilslutning til EUs finansbyråer (II).» *Lov og Rett*, vol. 57, nr. 4, 2018, s. 205–226. [Lest i Idunn.no].
- Bjørnebye (2019). Bjørnebye, Henrik. "The impact of the third energy market package on national resource management." In *Simply 2018: Scandinavian Institute of Maritime Law Yearbook*, Oslo: Sjørettsfondet, 2019, p. 199–238.
- Bjørnstad (2017). «Finansdepartementet diskuterte SSB-navn med Meyer.» (13.11.2017). I *Aftenposten*. <https://www.aftenposten.no/norge/i/yeW6J/finansdepartementet-diskuserte-ssb-navn-med-meyer> Lest: 27.5.2023.
- BIS (2018). *Basel Committee Charter*. <https://www.bis.org/bcbs/charter.htm>. Lest: 21.5.2023.
- Bokmålsordboka. Språkrådet og Universitetet i Bergen [u.å.]. <http://ordbokene.no>

- Bragdø-Ellenes (2014). Bragdø-Ellenes, Sunniva Cristina. *Overprøving – av forvaltningsvedtak i Norge, Sverige og Frankrike*. Oslo: Universitetsforlaget, 2014.
- Bønsing (2016). Bønsing, Sten. *Forvaltningsret. Lærebog for statskundskab*. København: Jurist- og økonomforbundets forlag, 2016.
- Catanzariti og Türk (2020). Catanzariti, Mariavittoria and Alexander H. Türk. “EU agencies and the rise of a mixed administration in the EU multijurisdictional setting: facing the challenges of the rule of law.” In *Controlling EU Agencies*. Miroslava Scholten and Alex Brenninkmeijer eds., Cheltenham: Edward Elgar, 2020, p. 18–38.
- Chiti (2009). Chiti, Edoardo. “Important Part of the EU's Institutional Machinery: Features, Problems and Perspectives of European Agencies.” In *Common Market Law Review*, Volume 46, Issue 5, 2009, p. 1395–1442.
- Council of the European Union (2014). *Council Conclusions on the EU and EEA-EFTA Ministers of Finance and Economy*. (14.10.2014). <https://www.efta.int/sites/default/files/documents/eea/eea-news/2010-10-14-EEA-EFTA-ECOFIN-joint-conclusions.pdf>. Lest 9.5.2023.
- Craig og De Búrca (2020). Craig, Paul and Gráinne De Búrca. *EU Law. Texts, cases and materials*. 7. ed., Oxford: Oxford University Press, 2020.
- Dechent (2015). Dechent, Fabian Arne. “Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht und Bundesanstalt für Finanzmarktstabilisierung – Unabhängige Behörden in der Bankenaufsicht?” In der *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Heft 12, 2015, s. 767–772.
- Deffains og Perroud (2022). Deffains, Bruno and Thomas Perroud. “Current Issues on Regulation: A View from France.” In *European Public Law*, Volume 28, Issue 1, 2022, p. 53–78.
- De Larosière Report (2009). *The High Level Group on Financial Supervision in the EU*, 2009. [https://ec.europa.eu/economy\\_finance/publications/pages/publication14527\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/economy_finance/publications/pages/publication14527_en.pdf). Lest: 29.4.2023.
- Duijkersloot (2011). Duijkersloot, Ton. “The Principle of Legality and the ‘Soft Law’ Regulation and Supervision of Financial Markets.” In *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union*. Leonard Besselink, Frans Pennings, Sacha Prechal eds., Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011, p. 169–186.
- Dürig (2022). Dürig, Günter et al. *Grundgesetz Kommentar*. 98. Auflage. München: C. H. Beck, 2022.
- EBA (u. å. A). *The Single Rulebook*. <https://www.eba.europa.eu/regulation-and-policy/single-rulebook>. Lest: 19.5.2023.
- EBA (u. å. B). *Own funds*. <https://www.eba.europa.eu/regulation-and-policy/own-funds>. Lest: 18.05.2023.
- EBA (2014). *Opinion of the European Banking Authority on matters relating to the perimeter of credit institutions*. (27.11.2014) <https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/657547/a7bf5c46-2b80-4286-8771-d14a22c87354/EBA-Op-2014-12%20%28Opinion%20on%20perimeter%20of%20credit%20institution%29.pdf?retry=1>. Lest. 12.5.2023.
- EBA (2016). *Opinion of the European Banking Authority on matters relating to other financial intermediaries and regulatory perimeter issues*. (9.11.2017) <https://www.eba.europa.eu/eba-publishes-an-opinion-and-report-on-regulatory-perimeter-issues-relating-to-the-crdiv-crr>. Lest: 12.5.2023.
- EBA (2020). *Opinion of the European Banking Authority on elements of the definition of credit institution under Article 4(1), point 1, letter (a) of Regulation (EU) No 575/2013 and on aspects of the scope of the authorization*. (18.9.2020) [https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document\\_library/Publications/Opinions/2020/931784/EBA%20Opinion%20on%20elements%20of%20the%20definition%20of%20credit%20institution.pdf](https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document_library/Publications/Opinions/2020/931784/EBA%20Opinion%20on%20elements%20of%20the%20definition%20of%20credit%20institution.pdf). Lest: 12.5.2023

- EBA (2021). *EBA Report on the Supervisory Independence of Competent Authorities, 2021*. EBA/REP/2021/29 [https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document\\_library/Publications/Reports/2021/1022092/EBA%20report%20on%20supervisory%20independence%20of%20competent%20authorities.pdf](https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document_library/Publications/Reports/2021/1022092/EBA%20report%20on%20supervisory%20independence%20of%20competent%20authorities.pdf). Lest: 2.5.2023.
- ECB (2014). *Leitfaden zur Bankenaufsicht* <https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssmguidebankingsupervision201411.de.pdf>. Lest: 4.5.2023.
- Eckhoff (1964). Eckhoff, Torstein. «Noen refleksjoner om domstolenes uavhengighet.» I *Festskrift tillägnad professor, juris doktor Karl Olivecrona vid hans avgång från professorämbetet den 30 juni 1964 av kolleger lärjungar och vänner*. Stockholm: P. A. Norstedt & Söner, 1964, s. 109–147.
- Eckhoff og Smith (2022). Eckhoff, Torstein og Eiving Smith. *Forvaltningsrett*. 12. utg. Oslo: Universitetsforlaget, 2022.
- Ekonomistyrningsverket (2022). *Regleringsbrev Finansinspektionen* <https://www.esv.se/statsliggaren/regleringsbrev/?rbid=23429>. Lest: 20.5.2023.
- Enqvist og Naarttjärvi (2021). Enqvist, Lena and Markus Naarttjärvi. “Administrative Independence Under EU Law: Stuck Between a Rock and Costanzo?” In *European Public Law*, Volume 27, Issue 4, 2021, p. 707–732.
- Eriksen og Fredriksen (2019). Eriksen, Christoffer Conrad og Halvard Haukeland Fredriksen. *Norges europeiske forvaltningsrett*. Oslo: Universitetsforlaget, 2019.
- ESMA (2020). *Fast track peer review on the application of the guidelines on the enforcement of financial information (EMA/2014/1293) by BaFin and FREP in the context of Wirecard, (3.11.2020)*. [https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma42-111-5349\\_fast\\_track\\_peer\\_review\\_report\\_-\\_wirecard.pdf](https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma42-111-5349_fast_track_peer_review_report_-_wirecard.pdf). Lest: 5.5.2023.
- Von Essen (2022). Von Essen, Ulrik. *Förvaltningsrättens grunder*. 5. uppl. Stockholm: Norstedts Juridik, 2022.
- Finansdepartementet (2020). *Finanstilsynets hovedinstruks*. (10.12.2020) [https://www.regjeringen.no/contentassets/722de1f4316b422fab6e885339a9cdc3/hovedinstruks\\_finanstilsynet\\_2020.pdf](https://www.regjeringen.no/contentassets/722de1f4316b422fab6e885339a9cdc3/hovedinstruks_finanstilsynet_2020.pdf). Lest: 8.5.2023.
- Finansdepartementet (2021). *Behandling av finansiering av eiendomsprosjekter*. (25.05.2021). <https://www.regjeringen.no/contentassets/01a26f5494e349c282e88b0f5f5219a8/2021-05-25-brev-ft.pdf>. Lest: 8.5.2023.
- Finansdepartementet (2022). *Statsbudsjettet 2023 – Finanstilsynet – tildelingsbrev* (21.12.2022) <https://www.regjeringen.no/contentassets/722de1f4316b422fab6e885339a9cdc3/2023-finanstilsynet-tidelingsbrev.pdf>. Lest: 28.4.2023.
- Finans Norge (2021). *Finanstilsynets rundskriv om høyrisiko og forståelse av CRR art 128*. [Brev til Finansdepartementet] (19.02.2021). <https://www.finansnorge.no/siteassets/dokumenter/aktuelle-brev-ikke-bruk/finanstilsynets-rundskriv-om-hoyrisiko-og-forstaelse-av-crr-art-128.pdf>. Lest: 18.5.2023.
- Finanstilsynet (2022). *Forretningsorden for Finanstilsynets styre* (28.9.2022) <https://www.finanstilsynet.no/om-finanstilsynet/organisasjon/forretningsorden-for-finanstilsynets-styre/>. Lest: 31.6.2023.
- Finanstilsynet (2021). Rundskriv 2/2021. "Engasjementer som skal klassifiseres som høyrisiko". (26.5.2021). <https://www.finanstilsynet.no/contentassets/da24fab2a7b4b0798fb326efc951fde/engasjementer-som-skal-klassifiseres-som-hoyrisiko.pdf>. Lest: 8.5.2023.
- Finanstilsynet (2020). *Rundskriv 5/2020. Engasjement som skal klassifiseres som høyrisiko* (opphevet). (10.12.2020) <https://www.finanstilsynet.no/contentassets/abfae74c4d7948f1a73fe5bd8a838abc/opphevet-rundskriv-5-2020-pdf/>. Lest 8.5.2023.
- Finanstilsynet (2017). *Ansvarlig kapital* (17.04.2017) <https://www.finanstilsynet.no/tema/kapitaldekning/ansvarlig-kapital/>. Lest. 18.5.2023.

- Fenger (2004). Fenger, Niels. *Forvaltning og fællesskab*. København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2004.
- Fredriksen og Mathisen (2022). Fredriksen, Halvard Haukland og Gjermund Mathisen. *EØS-rett*. 4. utg., Bergen: Fagbokforlaget, 2022.
- Gaupås (2023). Gaupås, Ingrid. «EUs finanstillsynsbyråers rolle i reguleringen av finansmarkedet i EØS» i *Lov og Rett*, vol. 62, utg. 4, 2023, s. 207–222.
- Graver (2019). Graver, Hans Petter. *Alminnelig forvaltningsrett*. 5. utg. Oslo: Universitetsforlaget, 2019.
- Gurlit (2023). Gurlit, Elke. «Unabhängigkeit der Finanzmarktaufsicht.» In der *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft*, 35. Jahrgang, Heft 2, 2023, s. 69–84.
- Huhta (2021). Huhta, Kaisa. “C-718/18 Commission v. Germany: Critical Reflections on the Independence of National Regulatory Authorities in EU Energy Law.” In *European Energy and Environmental Law Review*, Volume 30, Issue 6, 2021, p. 255–265.
- Innjord (1996). Innjord, Frode. «Hva er «vakkert»? – Domstolskontroll med forvaltningsvedtak når forvaltningens kompetanse er angitt ved vage og/eller skjønnspregede ord og uttrykk» i *Jussens Venner*, Årgang 31, nr. 3, 1996, s. 161–194. [Lest i Idunn.no].
- Jarbekk (2019). Jarbekk, Eva red. *Personopplysningsloven og personvernforordningen (GDPR) med kommentarer*, Oslo: Gyldendal, 2019.
- Jollimore (2021). Jollimore, Troy. «Impartiality» i *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. 2021. <https://plato.stanford.edu/entries/impartiality/>. Hentet: 16.5.2023.
- Kahneman (2021). Kahneman, Daniel, Olivier Sibony and Cass R. Sunstein. *Noise: a flaw in human judgment*, London: William Collins, 2021.
- Lavrijssen og Ottow (2011). Lavrijssen, Saskia and Anettje Ottow. “The Legality of Independent Regulatory Authorities.” In *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union*. Leonard Besselink, Frans Pennings, Sacha Prechal eds., Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011, p. 73–96.
- Lavrijssen og Ottow (2012). Lavrijssen, Saskia and Anettje Ottow. “Independent Supervisory Authorities: A Fragile Concept.” In *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 39, nr. 4, 2012, p. 419–445.
- Michalsen (2011). Michalsen, Dag. *Rett. En internasjonal historie*. Oslo: Pax forlag, 2011.
- MMoU (2018). *Multilateral Memorandum of Understanding on cooperation, information exchange and consultation*. [https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esas\\_and\\_efta\\_sa\\_mmou\\_-\\_signed.pdf](https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esas_and_efta_sa_mmou_-_signed.pdf). Lest: 9.5.2023.
- Moloney (2010). Moloney, Niamh. “EU Financial Market Regulation after the Global Financial Crisis: More Europe or More Risks.” In *Common Market Law Review*, volume 47, no. 5, 2010, p. 1317–1384.
- Moloney (2019). Moloney, Niamh. “The European Supervisory Authorities and Discretion. Can the Functional and Constitutional Circles be Squared?” In *EU Executive Discretion and the Limits of Law*. Joana Mendes ed., Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 85–117.
- Mørup mfl. (2022). Mørup, Søren Højgaard mfl. *Forvaltningsret. Almindelige emner*. 7. udg. København: Djøf forlag, 2022.
- Nordrum (2019). Nordrum, Jon Christian Fløysvik. *Bedre regulering? Årsak – virkningsanalyser i norsk reguleringsprosess*. Oslo: Gyldendal, 2019.
- Norges Bank (2022). Norges Bank. «Systemrisikobufferen» (9.11.2022.) <https://www.norges-bank.no/tema/finansiell-stabilitet/makrotillsyn/systemrisikobufferen/>. Lest: 28.5.2023.
- OECD (2022). *The Governance of Regulators – Equipping Agile and Autonomous Regulators*, OECD Publishing, Paris, 2022. <https://www.oecd.org/publications/equipping-agile-and-autonomous-regulators-7dcb34c8-en.htm>. Lest: 27.4.2023.
- Ottow (2012). Ottow, Annetje. “Europeanization of the Supervision of Competitive Markets”. In *European Public Law*, Volume 18, Issue 1, 2012, p. 191–221.

- Reuters (2023a). “SVB is largest bank failure since 2008 financial crisis.” In *Reuters* (11.3.2023) <https://www.reuters.com/business/finance/global-markets-banks-wrapup-1-2023-03-10/>. Lest: 28.4.2023.
- Reuters (2023b). “Analysis: Social media-driven bank runs burden regulators with a bigger problem.” In *Reuters* (22.3.2023) <https://www.reuters.com/business/finance/social-media-driven-bank-runs-burden-regulators-with-bigger-problem-2023-03-21/>. Lest: 28.4.2023.
- Skauge (2006). Skauge, Arne. «Tilsynet med finans- og forsikringsnæringen sett fra næringen.» i *Erfaringer og utfordringer. Jubileumsskrift – 20 år som integrert finanstilsyn*. Oslo: Kredittilsynet, 2006, s. 169–174.
- Smaghi (2007). Smaghi, Lorenzo Bini. “Independence and Accountability in Supervision: General Principles and European Setting.” In *Designing Financial Supervision Institutions. Independence, Accountability and Governance*. Cheltenham: Edward Elgar, 2007, p. 41–62.
- Smith (2002). Smith, Eivind. *Stat og Rett. Artikler i utvalg 1980–2001*. Oslo: Universitetsforlaget, 2002.
- Smith (2012). Smith, Eivind. «Den smale sti...» I *Nytt norsk tidsskrift*, volum 29, nr. 1, 2012, s. 92–97. [Lest i Idunn.no].
- Smith (2015). Smith, Eivind. ««Ministerstyre» – et hinder for samordning?» i *Nytt norsk tidsskrift*, volum 32, nr. 3, 2015, s. 258–266. [Lest i Idunn.no].
- Smith (2021). Smith, Eivind. *Konstitusjonelt demokrati. Statsforfatningsretten i prinsipielt og komparativt lys*. 5. utg. Bergen: Fagbokforlaget, 2021.
- Store norske leksikon (2021). «Det europeiske kull- og stålfellesskap.» *Store norske leksikon*. (20.1.21) [https://snl.no/Det\\_europeiske\\_kull-\\_og\\_st%C3%A5lfellesskap](https://snl.no/Det_europeiske_kull-_og_st%C3%A5lfellesskap). Lest: 4.5.23.
- Stub (2011). Stub, Marius. *Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet*. Oslo: Universitetsforlaget, 2011.
- Syrstad (2003). Syrstad, Helge. *Sentralbankens uavhengighet, en analyse av rettsforholdet mellom sentralbanken og de politiske myndigheter*. Bergen: Fagbokforlaget, 2003.
- Sześciło (2021). Sześciło, Dawid. “Challenging Administrative Sovereignty: Dimensions of Independence of National Regulatory Authorities Under the EU Law.” In *European Public Law*, volume 27, Issue 1, 2021, p. 191–216.
- Szydło (2012). Szydło, Marek. “Independent Discretion or Democratic Legitimation? The Relations between National Regulatory Authorities and National Parliaments under EU Regulatory Framework for Network-Bound Sectors.” In *European Law Journal*, Vol. 18, No. 6, 2012, p. 793–820.
- Sæthern (2022). Sæthern, Alexander. «EU-rettens krav om uavhengig reguleringsmyndighet for energi: En studie av europeisering av norsk kraftmarkedsregulering.» Oslo: Sjørettsfondet, 2022, (*MarIus* No. 555).
- Tridimas (2019). Tridimas, Takis. “Indeterminacy and Legal Uncertainty in EU Law.” In *EU Executive Discretion and the Limits of Law*. Joana Mendes ed., Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 40–63.
- Waldhoff og Dieterich (2013). Waldhoff, Christian und Peter Dieterich. “Einführung einer gemeinsamen Bankenaufsicht auf EU-Ebene – ein Überblick über die Rechtsprobleme.” In *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 2013, Heft 3, s. 72–80.
- Wellerdt (2021). Wellerdt, Alexander. “Es ist Zeit, das Verwaltungsorganisationsrecht wiederzuentdecken.” In der *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*. Heft 15, 2021, s. 1101–1104.
- Wenander (2022). Wenander, Henrik. “Administrative independence in the nordic states – EU law requirements and national traditions.” In *Nordic journal of European law*. Volume 5 nr. 1 (2022) p. 20–45.
- Aamo (2016). Aamo, Bjørn Skogstad. *Læring fra kriser*. Bergen: Fagbokforlaget, 2016.



- Aarli (2021). Aarli, Ragna. «Uavhengige og upartiske domstoler og dommere.» I *Jussens Venner* Årgang 56 nr. 4 (2021) s. 193-239. [Lest i Idunn.no].

## Norske rettskilder

### Lover og forskrifter

- 1814. Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov
- 1915. Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstoloven)
- 1956. Lov 7. desember 1956 nr. 1 om tilsynet med finansforetak mv. (finanstilsynsloven)
- 1966. Lov 16. desember 1966 nr. 9 om anke til Trygderetten
- 1967. Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)
- 1983. Forskrift 11. november 1983 nr. 1608 til lov om statens tjenestemenn m.m.
- 2008. Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)
- 2014. Forskrift 22. august 2014 nr. 1097 om kapitalkrav og nasjonal tilpasning av CRR/CRD IV (CRR/CRD IV-forskriften)
- 2015. Lov 10. april 2015 nr. 17 om finansforetak og finanskonsern (finansforetaksloven)
- 2015. Lov 19. juni 2015 nr. 70 om informasjonsplikt, karantene og saksforbud for politikere, embetsmenn og statsansatte (karantene-loven)
- 2016. Lov 17. juni 2016 nr. 30 om EØS-finanstilsyn.
- 2016. Forskrift 9. desember 2016 nr. 1502 om finansforetak og finanskonsern (finansforetaksforskriften)
- 2017. Lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte (statsansatteloven)
- 2017. Forskrift 21. juni 2017 nr. 838 til lov om statens ansatte mv.
- 2019. Lov 21. juni 2019 nr. 31 om Norges Bank og pengevesenet mv. (sentralbankloven)

### Norske retningslinjer

- Regjeringen (2017). *Etiske retningslinjer for statstjenestemenn* [https://www.regjeringen.no/contentassets/6feba-def60054700aadd61535e979198/no/pdfs/etiske\\_retningslinjer\\_rev\\_2017.pdf](https://www.regjeringen.no/contentassets/6feba-def60054700aadd61535e979198/no/pdfs/etiske_retningslinjer_rev_2017.pdf). Lest: 19.5.2023.

### Norske forarbeider og stortingsmeldinger

- Meld. St. 18 (2022-2023). *Finansmarkedsmeldingen* <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/meld.-st.-18-20222023/id2972294/?ch=1>. Lest: 20.4.2023.
- NOU 1995:18. *Ny lovgivning om opplæring*
- NOU 1997:19. *Et bedre personvern*
- NOU 1999:19. *Domstolene i samfunnet*
- NOU 2003:12. *Ny konkurranselov*
- NOU 2012:2. *Utenfor og innenfor*
- NOU 2019:5. *Ny forvaltningslov – Lov om saksbehandlingen i offentlig forvaltning*
- NOU 2018:7. *Ny lov om offisiell statistikk og Statistisk sentralbyrå*
- NOU 2021:1. *Endringer i verdipapirhandelloven*
- NOU 2023:6. *Finanstilsynet i en ny tid – ny lov om Finanstilsynet*
- Ot.prp.nr.49 (1984–1985). *Om lov om opprettelse av Tilsynet for kredittinstitusjoner, forsikringsselskaper og verdipapirhandel mv. (Kredittilsynet) ved endring i lov 7. desember 1956 nr. 1 om offentlig tilsyn med banker og andre kredittinstitusjoner (Bankinspeksjonen), lov 29. juli 1911 om forsikringsselskaper mv.*
- Ot.prp.nr.17 (1998–1999). *Om lov om endringer i utlendingsloven og i enkelte andre lover (klagenemnd for utlendingssaker m.v.)*

- Prop. 96 L (2012–2013). *Endringer i finansieringsvirksomhetsloven og verdipapirhandelloven (nye kapitalkrav mv.)*
- Prop. 125 L (2013–2014). *Lov om finansforetak og finanskonsern (finansforetaksloven)*
- Prop. 100 S (2015–2016). *Samtykke til 1) deltakelse i åtte beslutninger i EØS-komiteen om innlemmelse i EØS-avtalen av rettsaktene som etablerer EUs finanstillsynssystem 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. 2015/2365*
- Prop. 97 L (2018–2019). *Lov om Norges Bank og pengevesenet mv. (sentralbankloven)*
- Prop. 147 LS (2020–2021). *Endringer i finansforetaksloven mv. (kapitalkravs- og kriseshåndteringsregler for finansforetak mv.) og samtykke til deltakelse i en beslutning i EØS-komiteen om innlemmelse av forordning (EU) 2019/876 og (EU) 2020/873 i EØS-avtalen*
- St.meld. nr. 17 (2002–2003). *Om statlige tilsyn* <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/stmeld-nr-17-2002-2003/id134860/>. Lest: 23.4.2023.

## Internasjonale rettskilder

### Traktater

- Charteret. Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder. (C-202/389)
- EØS-avtalen. Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde AVT-1992-05-02-1
- ODA-avtalen. Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol 94/EØS/55/01 (Oda-avtalen)
- ODA-avtalens protokoll 8. Protocol 8 on the functions and powers of the EFTA Surveillance Authority in the field of financial supervision (25.11.2016)
- TEU. Traktaten om Den Europæiske Union. Konsolideret udgave 2016 (EUT 2016/C 202/01).
- TEUV. Traktaten om den Europæiske Unions funktionsmåde. Konsolideret udgave 2016 (EUT 2016/C 202/01).

### Direktiver

- Direktiv 95/46. *Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 95/46/EF af 24. oktober 1995 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger [Personverndirektivet 1995]*
- Direktiv 2002/21. *Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF af 7. marts 2002 om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (rammedirektivet) [eKom-rammedirektivet 2002]*
- Direktiv 2004/39. *Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/39/EF af 21. april 2004 om markeder for finansielle instrumenter, om ændring af Rådets direktiv 85/611/EØF, og 93/6/EØF samt Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/12/EF og om ophævelse af Rådets direktiv 93/22/EØF. [Verdipapirmarkedsdirektivet 2004 (MiFID I)]*
- Direktiv 2004/49. *EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV 2004/49/EF af 29. april 2004 om jernbanesikkerhed i EU og om ændring af Rådets direktiv 95/18/EF om udstedelse af licenser til jernbanevirksomheder og direktiv 2001/14/EF om tildeling af jernbaneinfrastrukturkapacitet og opkrævning af afgifter for brug af jernbaneinfrastruktur samt sikkerhedscertificering (jernbanesikkerhedsdirektivet)*
- Direktiv 2004/109. *Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/109/EF af 15. december 2004 om harmonisering af gennemsigtskrav i forbindelse med oplysninger om udstedere, hvis værdipapirer er optaget til handel på et reguleret marked, og om ændring af direktiv 2001/34/EF*

- Direktiv 2009/72. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/72/EF af 13. juli 2009 om fælles regler for det indre marked for elektricitet og om ophævelse af direktiv 2003/54/EF [Elektrisitetsdirektivet 2009 (tredje)]
- Direktiv 2009/73. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/73/EF af 13. juli 2009 om fælles regler for det indre marked for naturgas og om ophævelse af direktiv 2003/55/EF [Gassmarkedsdirektivet 2009 (tredje)]
- Direktiv 2012/34. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2012/34/EU af 21. november 2012 om oprettelse af et fælles europæisk jernbaneområde (omarbejdning)
- Direktiv 236/2012. Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 236/2012 af 14. marts 2012 om short selling og visse aspekter af credit default swaps
- Direktiv 2013/36. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2013/36/EU af 26. juni 2013 om adgang til at udøve virksomhed som kreditinstitut og om tilsyn med kreditinstitutter og investeringsselskaber, om ændring af direktiv 2002/87/EF og om ophævelse af direktiv 2006/48/EF og 2006/49/EF [Kapitalkravsdirektivet 2013 (CRD IV)]
- Direktiv 2018/1972. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2018/1972 af 11. december 2018 om oprettelse af en europæisk kodeks for elektronisk kommunikation (omarbejdning) (ekomdirektivet)
- Direktiv 2019/1. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/1 af 11. december 2018 om styrkelse af de nationale konkurrencemyndigheders forudsætninger for at håndhæve konkurrencereglerne effektivt og sikring af et velfungerende indre marked
- Direktiv 2019/878. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/878 af 20. maj 2019 om ændring af direktiv 2013/36/EU, for så vidt angår fritagne enheder, finansielle holdingselskaber, blandede finansielle holdingselskaber, aflønning, tilsynsforanstaltninger og -beføjelser og kapitalbevaringsforanstaltninger

## **Forordninger**

- Forordning 1024/2013. Rådets forordning (EU) nr. 1024/2013 af 15. oktober 2013 om overdragelse af specifikke opgaver til Den Europæiske Centralbank i forbindelse med politikker vedrørende tilsyn med kreditinstitutter (SSM-forordningen)
- Forordning 1093/2010. Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 1093/2010 af 24. november 2010 om oprettelse af en europæisk tilsynsmyndighed (Den Europæiske Banktilsynsmyndighed), om ændring af afgørelse nr. 716/2009/EF og om ophævelse af Kommissionens afgørelse 2009/78/EF
- Forordning 1094/2010. Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 1094/2010 af 24. november 2010 om oprettelse af en europæisk tilsynsmyndighed (Den Europæiske Tilsynsmyndighed for Forsikrings- og Arbejdsmarkedspensionsordninger), om ændring af afgørelse nr. 716/2009/EF og om ophævelse af Kommissionens afgørelse 2009/79/EF
- Forordning 1095/2010. Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 1095/2010 af 24. november 2010 om oprettelse af en europæisk tilsynsmyndighed (Den Europæiske Værdipapir- og Markedstilsynsmyndighed), om ændring af afgørelse nr. 716/2009/EF og om ophævelse af Kommissionens afgørelse 2009/77/EF
- Forordning 1092/2010. Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 1092/2010 af 24. november 2010 om makrotilsyn på EU-plan med det finansielle system og om oprettelse af et europæisk udvalg for systemiske risici. (ESRB-forordningen)
- Forordning 236/2012. Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) Nr. 236/2012 af 14. marts 2012 om short selling og visse aspekter af credit default swaps [Shortsalgforordningen]
- Forordning 575/2013. Europa-parlamentets og rådets forordning (EU) nr. 575/2013 af 26. juni 2013 om tilsynsmæssige krav til kreditinstitutter og investeringsselskaber og om ændring af forordning (EU) nr. 648/2012 [Kapitalkravsforordningen (CRR)]
- Forordning 806/2014. Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 806/2014 af 15. juli 2014 om ensartede regler og en ensartet procedure for afvikling af kreditin-

stitutter og visse investeringsselskaber inden for rammerne af en fælles afviklingsmekanisme og en fælles afviklingsfond og om ændring af forordning (EU) nr. 1093/2010 (SRM-forordningen)

- Forordning 2016/679. Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2016/679 af 27. april 2016 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger og om ophævelse af direktiv 95/46/EF (generel forordning om databeskyttelse) [GDPR]
- Forordning 2019/2175. Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2019/2175 af 18. december 2019 om ændring af forordning (EU) nr. 1093/2010 om oprettelse af en europæisk tilsynsmyndighed (Den Europæiske Banktilsynsmyndighed), forordning (EU) nr. 1094/2010 om oprettelse af en europæisk tilsynsmyndighed (Den Europæiske Tilsynsmyndighed for Forsikrings- og Arbejdsmarkedspensionsordninger), forordning (EU) nr. 1095/2010 om oprettelse 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

### **Andre EU/EØS-rettslige dokumenter**

- COM/85/310. COMPLETING THE INTERNAL MARKET: WHITE PAPER FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN COUNCIL (MILAN, 28-29 JUNE 1985)
- COM/1999/232 final. Meddelelse fra kommissionen – Etablering af en ramme for de finansielle markeder: En handlingsplan.
- COM/2002/718 final. MEDDELELSE FRA KOMMISSIONEN Rammer for europæiske reguleringsorganer.
- COM/2008/135 final. Meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet og Rådet Europæiske agenturer – vejen frem {SEK(2008) 323}
- COM/2011/453. Forslag til EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV om adgang til at udøve virksomhed som kreditinstitut og om tilsyn med kreditinstitutter og investeringsselskaber og om ændring af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/87/EF om supplerende tilsyn med kreditinstitutter, forsikringsselskaber og investeringsselskaber i et finansielt konglomerat.
- COM/2012/010 final. Forslag til EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med de kompetente myndigheders behandling af personoplysninger med henblik på at forebygge, efterforske, opdage eller retsforfølge straffelovsovertrædelser eller fuldbyrde strafferetlige sanktioner og om fri udveksling af sådanne oplysninger
- COM/2012/512. Forslag til EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING om ændring af forordning (EU) nr. 1093/2010 om oprettelse af en europæisk tilsynsmyndighed (Den Europæiske Banktilsynsmyndighed) for så vidt angår samspillet med Rådets forordning (EU) nr. .../... om overdragelse af specifikke opgaver til Den Europæiske Central i forbindelse med politikker vedrørende tilsyn med kreditinstitutter
- COM/2017/536 final. Forslag til EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING om ændring af forordning (EU) nr. 1093/2010 om oprettelse af en europæisk tilsynsmyndighed (Den Europæiske Banktilsynsmyndighed), forordning (EU) nr. 1094/2010 om oprettelse af en europæisk tilsynsmyndighed (Den Europæiske Tilsynsmyndighed for Forsikrings- og Arbejdsmarkedspensionsordninger), forordning (EU) nr. 1095/2010 om oprettelse af en europæisk tilsynsmyndighed (Den Europæiske Værdipapir- og Markedstilsynsmyndighed), forordning (EU) nr. 345/2013 om europæiske venturekapitalfonde, forordning (EU) nr. 346/2013 om europæiske sociale iværksætterfonde, forordning (EU) nr. 600/2014 om markeder for finansielle instrumenter, forordning (EU) 2015/760 om europæiske langsigtede investeringsfonde, 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) 2017/1129 om det prospekt, der skal offentliggøres, når værdipapirer udbydes til offentligheden eller optages til handel på et reguleret marked
- COM/2021/663 final. Forslag til EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV om ændring af direktiv 2013/36/EU for så vidt angår tilsynsbeføjelser, sanktioner, tredjelandfilialer og miljømæssige, sociale og ledelsesmæssige risici og om ændring af direktiv 2014/59/EU
  - CON/2012/5. DEN EUROPÆISKE CENTRALBANKS UDTALELSE af 25. januar 2012 om et forslag til direktiv om adgang til at udøve virksomhed som kreditinstitut og om tilsyn med kreditinstitutter og investeringsselskaber og om et forslag til forordning om reguleringskrav for kreditinstitutter og investeringsselskaber.
  - 2021/0341 (COD). General approach on directive 2013/36/EU as regards supervisory powers, sanctions, third-country branches, and environmental, social and governance risks, and amending directive 2014/59/EU <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/11/08/banking-sector-council-agrees-its-position-on-the-implementation-of-basel-iii-reforms/pdf> (europa.eu). Lest: 7.5.2023.
  - EU-domstolens forretningsordener og procesreglementer. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012Q0929\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012Q0929(01)). Lest: 8.5.2023.
  - EØS-komiteen (2016). EØS-KOMITEENS BESLUTNING nr. 199/2016 av 30. september 2016 om endring av vedlegg IX til EØS-avtalen (Finansielle tjenester). (23.2.2017). <https://lovdata.no/static/NLXB/22016d0199.pdf>. Lest: 9.5.2023.

### Rettspraksis

- 51-54/71. *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, SpA mod Den Høje Myndighed for Det Europæiske Kul- og Stålfællesskab*. ECLI:EU:C:1971:128
- 283/81. *Srl CILFIT og Lanificio di Gavardo SpA mod Sundhedsministeriet*. ECLI:EU:C:1982:335
- C-69/91. *Straffesag mod Francine Decoster, gift Gillon*. ECLI:EU:C:1993:853
- C-324/98. *Telaustria Verlags GmbH og Telefonadress GmbH mod Telekom Austria AG*. ECLI:EU:C:2000:669
- C-152/01. *Kyocera Electronics Europe GmbH mod Hauptzollamt Krefeld*. ECLI:EU:C:2003:623
- C-201/02. *The Queen, efter begæring af Delena Wells mod Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions*. ECLI:EU:C:2004:12
- E-1/04. *Fokus Bank ASA mod Den norske stat ved Skattedirektoratet*. E2004J0001
- C-438/04. *Mobistar SA Mod Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT)*. ECLI:EU:C:2006:463
- C-56/06. *Euro Tex Textilverwertung GmbH Mod Hauptzollamt Duisburg*. ECLI:EU:C:2007:347
- T-311/06. *FMC Chemical og Arysta Lifesciences mod EFSA*. ECLI:EU:T:2008:205
- C-227/07. *Europa-Kommissionen mod republikken Polen*. ECLI:EU:C:2008:620
- C-424/07. *Europa-Kommissionen mod Forbundsrepublikken Tyskland*. ECLI:EU:C:2009:749
- C-518/07. *Europa-Kommissionen mod Forbundsrepublikken Tyskland*. ECLI:EU:C:2010:125
- E-9/07 og E-10/07. *L'Oréal Norge AS og L'Oréal SA mod Per Aarskog AS, Nille AS og Smart Club AS*. E2007J0009
- C-203/09. *Volvo Car Germany GmbH mod Autohof Weidensdorf GmbH*. ECLI:EU:C:2010:647
- C-614/10. *Europa-Kommissionen mod Republikken Østrig*. ECLI:EU:C:2012:631
- C-583/11. *Inuit Tapiriit Kanatami m. fl. mod Europa-Parlamentet og Rådet for Den Europæiske Union*. ECLI:EU:C:2013:625
- C-270/12. *Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland mod Europa-Parlamentet og Rådet for Den Europæiske Union [ESMA]*. ECLI:EU:C:2014:18
- C-288/12. *Europa-Kommissionen mod Ungarn*. ECLI:EU:C:2014:237

- C-345/13. *Karen Millen Fashions Ltd mod Dunnes Stores, Dunnes Stores (Limerick) Ltd.* ECLI:EU:C:2014:2013
- C-205/14. *Europa-Kommissionen mod Republikken Portugal.* ECLI:EU:C:2016:393
- C-547/14. *Philip Morris Brands SARL m.fl. mod Secretary of State for Health [Philip Morris].* ECLI:EU:C:2016:325
- C-240/15. *Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni mod Istituto Nazionale di Statistica – ISTAT m. fl.* ECLI:EU:C:2016:608
- C-424/15. *Xabier Ormaetxea Garai, Bernardo Lorenzo Almendros Mod Administración del Estado.* ECLI:EU:C:2016:780
- C-513/15. »Agrodetalé« UAB. ECLI:EU:C:2017:473
- C-558/15. *Alberto José Vieira de Azevedo m.fl. mod CED Portugal Unipessoal, Lda og Instituto de Seguros de Portugal – Fundo de Garantia Automóvel. Anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Tribunal da Relação do Porto.* ECLI:EU:C:2016:957
- C-632/15. *Costin Popescu mod Guvernul României, Ministerul Afacerilor Interne m. fl. [Pupesco].* ECLI:EU:C:2017:303
- C-304/16. *American Express Company mod The Lords Commissioners of Her Majesty's Treasury.* ECLI:EU:C:2018:66
- C-530/16. *Europa-Kommissionen mod Republikken Polen.* ECLI:EU:C:2018:430
- C-508/18 og C-82/19 PPU . *OG og PI.* ECLI:EU:C:2019:456
- C-718/18. *Europa-Kommissionen mod Forbundsrepublikken Tyskland.* ECLI:EU:C:2021:662
- C-278/20. *Europa-Kommissionen mod Kongeriget Spanien.* ECLI:EU:C:2022:503
- C-46/21 P. *Den Europæiske Unions Agentur for Samarbejde mellem Energireguleringsmyndigheder (ACER) mod Aquind Ltd.* ECLI:EU:C:2023:182

### **Generaladvokatens forslag til afgørelse**

- Forslag til afgørelse i sak C-530/16. ECLI:EU:C:2018:29

### **Utenlandske rettskilder**

#### **Tyske rettskilder**

- Finanzdienstleistungsgesetz (FinDAG)
- Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz. Gesetz zur Stärkung der Finanzmarktintegrität (Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz – FISG).
- Grundgesetz (GG)
- Kreditwesengesetz (KWG)
- Sanierungs- und Abwicklungsgesetz (SAG)
- BVerfGE 151, 202. Bundesverfassungsgericht. Urteil des Zweiten Senats vom 30. Juli 2019 [https://www.bverfg.de/e/rs20190730\\_2bvr168514.html](https://www.bverfg.de/e/rs20190730_2bvr168514.html). Lest: 11.5.2023.

#### **Danske rettskilder**

- Lovbekendtgørelse 2013-12-10 nr. 1374 om Erhvervsankenævnet
- Lov om finansiel virksomhed § 344 (1)
- Lov 2007-06-06 nr. 576 om ændring af lov om finansiel virksomhed og forskellige andre love
- Forslag til lov om ændring af lov om finansiel virksomhed og forskellige andre love, LFF 2007-03-14 nr 178.

#### **Svenske rettskilder**

- Förordning (2009:93) med instruktion för Finansinspektionen
- Lag (2014:966) om kapitalbuffertar (buffertlagen)
- Lag (2914:968) om särskild tillsyn över kreditinstitut och värdepappersbolag (tillsynslagen)
- Regeringsformen (1974:152)