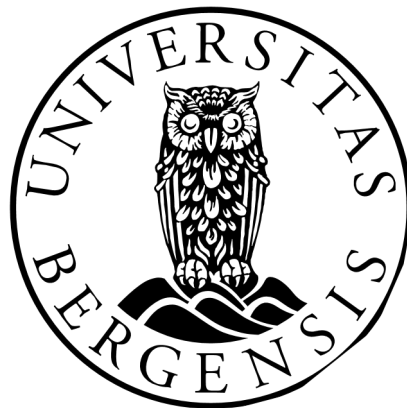


Hvilke implikasjoner har EØS-retten for vern av advokatkommunikasjonen i Norge?

Fra et konkurranserettslig perspektiv

Kandidatnummer: 109

Antall ord: 34 786



JUS397 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

15.06.2021

Innholdsfortegnelse

1 Presentasjon av tema og problemstilling	6
1.1 Forholdet mellom taushetsplikt, fortrolighetsplikt og vern av advokatkommunikasjon..	6
1.2 Nærmere om valg av forskningsobjekt	8
1.3 Noen metodiske betraktninger.....	11
1.4 Fremstillingen videre.....	15
2 Noen begrunnelser for å verne advokatkommunikasjon mot innsyn	16
2.1 Innledning.....	16
2.2 Det instrumentelle perspektivet.....	16
2.3 Av hensyn til klientens privatliv	21
2.4 For å sikre klientens rett til forsvar	24
3 EU-rettens vern av advokatkommunikasjon i konkurransesaker	28
3.1 Bakteppe: en balansegang mellom effektiv håndhevelse av konkurranseretten og vern av advokatkommunikasjon.....	28
3.2 Første kriterium: «rett til forsvar»	29
3.2.1 Opphav og forankring	29
3.2.2 Innhold	31
3.3 Andre kriterium: advokaten må være «uavhengig»	35
3.3.1 Opphav og forankring	35
3.3.2 Begrunnelse	38
3.3.3 Innhold	42
3.3.4 Oppsummering	58
3.4. Tredje kriterium: advokatens nasjonale tilhørighet (bevilling).....	58
4. Prosessuelle skranker for konkurransemyndighetenes etterforskningskompetanse... 60	
4.1 Innledende betraktninger	60
4.2 Opplysningsplikten.....	61

4.3 Beviseringsadgangen.....	64
4.4 Ansvarsfordelingen mellom de ulike konkurransemyndighetene – Kommisjonen, ESA og Konkurransetilsynet	68
4.5 Utveksling av opplysninger mellom de ulike konkurransemyndighetene	70
5 Vern av advokatkommunikasjon når Konkurransetilsynet etterforsker og håndhever brudd på EØS-konkurranseretten	73
5.1 Innledning.....	73
5.2 EØS-retten begrenser medlemslandenes prosessuelle autonomi	73
5.3 En kort omtale av det norske vernet.....	80
5.4 Er norsk rett i strid med våre EØS-rettslige forpliktelser?.....	83
5.4.1 Innledning.....	83
5.4.2 «Rett til forsvar» versus «betrodd [advokaten] i [sin] stilling»	83
5.4.3 Den ulike tilnærmingen til advokaters uavhengighet.....	86
5.4.4 Advokater fra «tredjeland».....	90
5.5 Harmoniseringsprosessen.....	91
6 Vern av advokatkommunikasjon når Konkurransetilsynet etterforsker og håndhever brudd på nasjonale konkurranseregler.....	93
6.1 Innledning.....	93
6.2 Nasjonal konkurranserett eksisterer ikke i et vakuum.....	93
6.2.1 Etterforskningsstadiets paradoks.....	93
6.2.2 I de fleste saker er det enkelt å avgjøre om anvendelsen av nasjonal konkurranserett påvirkes av EØS-konkurranseretten	94
6.2.3 ... andre ganger er det litt mer komplisert	97
6.3 Er det akseptabelt å operere med to ulike vern?.....	98
6.4 Konklusjon	100
7 Mulige implikasjoner av det EU/EØS-rettslige vernet utenfor konkurranseretten ...	101
7.1 Innledende merknader	101
7.2 Advokaters undersøkelses- og rapporteringsplikt etter hvitvaskingsloven.....	102

7.3 Andre forvaltningsorganers adgang til å bruke advokatkommunikasjon som er innhentet av Konkurransetilsynet og Økokrim	104
7.4 Noen avsluttende betraktninger om vern av advokatkommunikasjon i Norge – bør vi endre kurs?	106
Registre.....	111
Lover mv.	111
Rettspraksis mv.	114
Litteratur.....	117

«it is necessary to approach a claim of legal advice privilege in a rather more critical manner than has perhaps been the case in the past» *United States of America v Philip Morris INC & ORS*, England and Wales High Court (Commercial Court).¹

¹ *Philip Morris* [2003] EWHC 3028 (Comm), avsnitt 38.

1 Presentasjon av tema og problemstilling

1.1 Forholdet mellom taushetsplikt, fortrolighetsplikt og vern av advokatkommunikasjon

Tema for denne avhandlingen er hvilke implikasjoner EØS-retten har for vern av advokatkommunikasjon i Norge. For å kunne angripe tematikken på en presis måte, er det innledningsvis nødvendig å gi en kort og forenklet forklaring på den prinsipielle forskjellen mellom de ulike konfidensialitetsreguleringene som gjelder for advokater og deres virksomhet. Grunnen er at vern av advokatkommunikasjon ofte omtales under samlebetegnelsen «advokaters taushetsplikt»,² noe som kan føre til misforståelser.

Med *taushetsplikt* menes i denne sammenheng den straffesanksjonerte plikten slik den følger av straffeloven³ § 211. Straffebudet fastsetter bot eller fengsel inntil ett år for advokater og forsvarere i straffesaker, «som uberettiget røper eller unnlater å forhindre at andre får adgang eller kjennskap til hemmeligheter som er betrodd dem eller deres foresatte i anledning av stillingen eller oppdraget.» Bakgrunnen for denne strenge sanksjoneringen er ifølge advokatlovens forarbeider (advokatlovutvalget) at den bidrar til at klienter søker rettslig bistand, og at de i den sammenheng er åpne og ærlige om sakens omstendigheter slik at deres advokat har mulighet til å gi dem god faglig bistand.⁴ Omfanget av taushetsplikten er derfor relativt vidtrekkende, av hensyn til at den gjengse klient har begrenset med kunnskap om hvilke opplysninger som er relevante og nødvendige for å løse den konkrete juridiske problemstillingen vedkommende står overfor.⁵

Taushetsplikten er ikke så absolutt at den omfatter alle opplysninger advokaten blir kjent med som følge av klientforholdet. Advokaten har likevel ikke av den grunn adgang til å videreformidle informasjonen. Den etikkregulerte *fortrolighetsplikten* pålegger nemlig advokaten å behandle opplysningene konfidensielt, også når de ikke omfattes av den

² Se blant annet NOU 2015: 3, som benytter «Taushetsplikten» som betegnelse på kapittel 15. Geir Woxholth benytter derimot betegnelsen «Fortrolighetsregulering: Taushets- og fortrolighetsplikt» i sin kapittelinnledning, se Woxholth (2018) s. 226.

³ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff.

⁴ NOU 2015: 3, s. 190; Se også Prop. 214 L (2020–2021) s. 142.

⁵ NOU 2019: 15, s. 59–60.

lovbestemte taushetsplikten, jf. regler for god advokatskikk punkt 2.3.2 annet punktum.⁶ Brudd på fortrolighetsplikten er derimot ikke straffebelagt, men kan medføre disiplinære reaksjoner som refs og fratakelse av advokatbevilling, samt erstatningsansvar overfor klienten.⁷ Felles for taushets- og fortrolighetsplikten er følgelig at de retter seg direkte mot advokatene og deres virksomhet, om så med ulik materiell rekkevidde og tilhørende konsekvenser.

Vern av advokatkommunikasjon utgjør på sin side en beskyttelse mot inngrep fra statsapparatet, og er derfor prinsipielt sett noe annet enn taushets- og fortrolighetsplikten. Begrunnelsen for vernet er at det er nødvendig å oppstille en skranke for innsynsadgangen i advokatkommunikasjon for å ivareta de hensyn som ligger bak taushetsplikten.⁸ Det er derfor oppstilt et forbud mot innhenting og bruk av advokatkommunikasjon i rettslige prosesser. Med rettslige prosesser menes i denne sammenheng domstolsbehandlingen i sivile tvister og straffesaker, samt forvaltningens og påtalemyndighetens etterforskning og håndheving i offentligrettslige saker. I norsk rett er vernet primært regulert av bevisforbudene i tvisteloven⁹ § 22-5 og straffeprosessloven¹⁰ § 119, jf. 204.¹¹ Internasjonalt omtales vernet ofte som *legal professional privilege* (LPP) og *legal advice privilege* (LAP), som følge av det privilegiet det er at kommunikasjon med advokater nyter et sterkt vern mot innsyn.¹² Tilsvarende begreper

⁶ Regler for god advokatskikk (RGA) er det advokatetiske regelverket som kontrolleres og håndheves av advokatenes egne tilsyns- og disiplinærorganer. Regelverket er inntatt i advokatforskriftens kapittel 12, FOR-1996-12-20-1161.

⁷ NOU 2015: 3, s. 218.

⁸ NOU 2015: 3, s. 196.

⁹ Lov 17. juni nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister.

¹⁰ Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker.

¹¹ Om forankringen av bevisforbudet i forvaltningsretten, se eksempelvis lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) § 25 om nasjonale konkurransemyndigheters kompetanse til å utføre bevissikring. Her er det fastsatt i tredje ledd femte punktum at «[strpl.] §§ 117–120 [...] gjelder så langt de passer.» Mer om dette i punkt 4.3 nedenfor. Det finnes visse unntak fra bevisforbudet, blant annet når Disiplinærnemnden fører kontroll med advokatvirksomheten. Se mer om dette i NOU 2015: 3, s. 206 flg.

¹² Se blant annet Woxholth (2018) s. 230.

finner vi igjen i norsk rett, der vernet gjerne er omtalt som *advokaters sterke taushetsplikt* og *advokatprivilegiet*.¹³

Den prinsipielle forskjellen mellom vernet og taushetsplikten medfører at det materielle innholdet ikke nødvendigvis må være identisk. Oppfatningen til advokatlovutvalget er at det offentlige behov for å innhente informasjon, tilsier at det norske bevisforbudet ikke er like omfattende som taushetsplikten etter strl. § 211.¹⁴ Videre følger det av praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) at *legal professional privilege* nyter et sterkere vern mot innsyn i medhold av Den europeiske menneskerettskonvensjons¹⁵ artikkel 6 og 8 enn de opplysninger som kun omfattes av advokatens alminnelige taushetsplikt.¹⁶ Ettersom Grunnloven¹⁷ §§ 95 og 102 bygger på henholdsvis EMK artikkel 6 og 8,¹⁸ må det antas at tilsvarende skille eksisterer etter disse grunnlovsbestemmelsene.

Nå som det er klarlagt at det er advokaters taushets- og fortrolighetsplikt som ivaretar klientens behov utenfor rettslige prosesser, og advokatprivilegiet som verner klienten i rettslige prosesser, er det på tide å forklare hvorfor avhandlingen omhandler EØS-rettens implikasjoner for sistnevnte konfidensialitetsregulering. Dette vil bli gjort i neste punkt.

1.2 Nærmere om valg av forskningsobjekt

I EU-retten utgjør advokatprivilegiet et såkalt generelt prinsipp i form av å være en fundamental rettighet.¹⁹ Privilegiet har sitt opphav i rettspraksis fra EU-domstolen,²⁰ og har

¹³ Advokaters «sterke taushetsplikt» blir blant annet benyttet som betegnelse på vernet i NOU 2019: 15, s. 16. Benevnelsen «advokatprivilegiet» benyttes blant annet i Hjelmeng (2005) s. 391–408.

¹⁴ NOU 2015: 3, s. 195.

¹⁵ Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) gjelder som norsk lov, jf. lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) § 2 nr. 1.

¹⁶ Se blant annet *Michaud mot Frankrike*, sak 12323/11, avsnitt 118–119. Dommen vil bli nærmere gjennomgått i punkt 2.3 og 2.4 nedenfor, hvor forholdet mellom LPP og taushetsplikten vil bli diskutert.

¹⁷ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov.

¹⁸ NOU 2015: 3, s. 191.

¹⁹ Se blant annet GA Kokotts innstilling i *Akzo Nobel* [GC], C-550/07 P, avsnitt 47. Betydningen av at LPP utgjør en fundamental rettighet blir nærmere diskutert i punkt 3.2 og 5.2 nedenfor.

²⁰ I denne avhandlingen vil ikke begrepsbruken skille mellom Det europeiske fellesskap (EF) og Den europeiske union (EU).

senere blitt kodifisert i Den europeiske unions pakt om grunnleggende rettigheter (EU-pakten) artikkel 7 om *vern av kommunikasjon*, i sammenheng med artikkel 47 nr. 1 og nr. 2 annet punktum, samt artikkel 48 nr. 2.²¹ Sistnevnte artikler omhandler retten til å bli hørt, forsvart og representert dersom deres EU-rettslige rettigheter risikerer å bli krenket, og at denne rettslige prosessen skal skje i samsvar med den enkeltes rett til forsvar.

Begrunnelsen for og innholdet i det EU-rettslige vernet følger hovedsakelig av to dommer: *AM & S mot Kommisjonen*²² fra 1982 og *Akzo Nobel mot Kommisjonen*²³ fra 2010. Felles for dommene er at de gjaldt konkurranseretten, nærmere bestemt Kommisjonens adgang til å utføre bevissikring under etterforskningen av om selskapene bedrev konkurransehemmende virksomhet. EU-domstolen oppstilte tre kriterier som må være oppfylt for at kommunikasjonen skal være vernet mot innsyn. For det første må kommunikasjonen skje i tilknytning til klientens rett til forsvar. For det andre må kommunikasjonen være med en uavhengig advokat, det vil si en advokat som ikke har noen ansettelsesrelasjon til klienten. For det tredje må advokaten ha bevilling eller tilsvarende til å drive advokatvirksomhet i et av medlemslandene.

Som følge av at det EU-rettslige vernet kun har kommet på spissen innenfor konkurranseretten, vil jeg i hovedsak fokusere på nettopp dette rettsområdet i avhandlingen. Jeg vil likevel forsøke å trekke noen linjer utenfor konkurranseretten i visse sammenhenger.

Foreløpig har ikke tilsvarende problemstilling om EFTAs overvåkningsorgan (ESA) sin adgang til å få innsyn i advokatkommunikasjon kommet opp for EFTA-domstolen. Det er derfor ikke endelig avklart hva slags vern som gjelder når ESA etterforsker og håndhever brudd på EØS-avtalens artikkel 53 og 54.²⁴ Artikkel 53 og 54 forbyr henholdsvis foretaks konkurransebegrensende samarbeid og utilbørlig utnyttelse av sin dominerende stilling, og tilsvarende TFEU artikkel 101 og 102.²⁵ Videre er det uvisst hvordan det EU-rettslige vernet

²¹ Se bl.a. GA Kokotts innstilling i *Akzo Nobel* [GC], C-550/07 P, avsnitt 47; Wils (2020) s. 14.

²² *AM & S*, C-155/79.

²³ *Akzo Nobel* [GC], C-550/07 P.

²⁴ EØS-avtalens hoveddel er gjort til norsk lov, jf. lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring av norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) § 1 første punktum.

²⁵ Treaty of the Functions of the European Union.

påvirker Konkurransetilsynets²⁶ etterforskning og håndhevelse av EØS-avtalens artikkel 53 og 54.²⁷ Enda mer usikkert er det om det EU-rettslige vernet påvirker norske konkurransemyndigheters anvendelse av nasjonal konkurranselovgivning, ettersom de nasjonale reglene i stor grad speiler EØS-konkurransereglene.²⁸ Dersom det EU-rettslige vernet får anvendelse i disse tilfellene, vil det særlig kunne påvirke internadvokatens rettsstilling.²⁹ Grunnen er at EU-domstolen ikke anser slike advokater tilstrekkelig uavhengig fra sin arbeidsgiver.³⁰

Avhandlingen drøfter ikke de prosessuelle reglene for behandling av dokumentasjon som muligens inneholder advokatkommunikasjon. Den vil derfor ikke problematisere hvilke rettslige konsekvenser som følger av at den prosessuelle behandlingen har krenket vernet, for eksempel i tilfeller hvor myndighetene har fått innsyn i advokatkommunikasjon uten samtykke. Problemstillinger tilknyttet behandlingen av vernet informasjon krever en omfattende gjennomgang av både EUs prosessuelle rammeverk, EMK og det nasjonale prosessuelle rammeverket. Emnene faller av den grunn utenfor avhandlingens rammer.

Heller ikke privat håndhevelse av konkurransereglene vil bli behandlet i denne avhandlingen. Innenfor EU-retten anvendes The European Damages Directive (direktiv 2014/4/EU) for private borgers håndhevelse av TFEU artikkel 101 og 102. Direktivet har foreløpig ikke blitt innlemmet i EØS-avtalen, og det er derfor uvisst hvordan rettstilstanden i EFTA-statene (Norge, Island og Liechtenstein) forholder seg til private borgers håndhevelse av EØS-avtalens artikkel 53 og 54. Antageligvis vil det være å strekke ekvivalens-/likhets- og effektivitetsprinsippet for langt å innrømme EFTA-statenes borgere tilsvarende rettighet som

²⁶ Påtalemyndigheten (normalt ved Økokrim) har også en rolle i konkurransehåndhevelsen ved at de tar ut tiltale og fører straffesak for domstolene, jf. forutsetningsvis krrl. § 26 første ledd og §§ 32–33, men deres kompetanse er av langt mer begrenset betydning enn Konkurransetilsynets. En nærmere behandling av påtalemyndighetens kompetanse vil ikke bli gjort.

²⁷ NOU 2015: 3, s. 211.

²⁸ Graver og Hjelmeng (2006) s. 11 med videre henvisninger.

²⁹ Med internadvokat menes i denne sammenheng en ansatt advokat som i det vesentlige utfører advokatvirksomhet for sin egen arbeidsgiver eller for andre selskaper som tilhører samme konsern. Definisjonen er inspirert av lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven) § 233 første ledd bokstav (a). I norsk rett er kommunikasjon med internadvokater vernet mot innsyn på samme måte som alle andre advokater, forutsatt at kommunikasjonen skjer i forbindelse med «den egentlige advokatvirksomhet», jf. Rt. 2000 s. 2167 (Balderkjennelsen). Mer om dette i punkt 5.3 og 5.4.3 nedenfor.

³⁰ Mer om dette i punkt 3.3 nedenfor.

borgerne i EUs medlemsland uten en formell innlemmelse,³¹ men en slik konklusjon trenger en omfattende analyse som det ikke er anledning til å foreta i denne omgang.

Avhandlingens hovedproblemstilling er altså om advokatkommunikasjon har ulikt vern avhengig av hvilken konkurransemyndighet – Kommisjonen, ESA og nasjonale konkurransemyndigheter – som etterforsker og håndhever EØS-avtalens artikkel 53 og 54, samt om vernet overfor nasjonale konkurransemyndigheter er ulikt når de anvender norsk konkurranselovgivning.

Den overordnede målsettingen er at avhandlingen skal bidra til økt forståelse for hvordan vern av advokatkommunikasjon begrunnes og reguleres i EU og i Norge.

1.3 Noen metodiske betraktninger

Avhandlingen er primært et rettsdogmatisk arbeid. Siktemålet er å klarlegge gjeldende rett. For å komme frem til gjeldende rett, er det imidlertid ikke tilstrekkelig å benytte seg av «vanlig juridisk metode» i tråd med blant annet rettskildelærene til Torstein Eckhoff og Nils Andreas Nygaard. Årsaken er at avhandlingen i stor grad knytter seg til EØS-retten, slik at den må ta utgangspunkt i den EØS-rettslige metoden. Hva som nærmere menes med EØS-rettslig metode, omtales nedenfor.

Fordi avhandlingen tar sikte på å være rettsdogmatisk, stilles det «strengere krav til analysens grundighet, presisjonsnivå og etterprøvbarehet, til den metodiske bevissthet og til at rettstilstandens verdimeslige fundament avdekkes og evalueres med et kritisk blikk»,³² enn til den mer alminnelige og praktiske rettsanvendelsen. De strengere kravene henger sammen med rettsdogmatikkens kommunikative formål, som er å formidle ny kunnskap, «bidra med egne analyser [...] [og] trekke rammene for det faglige akseptable rettslige resonnementet.»³³ Forhåpentligvis vil denne avhandlingen leve opp til dette.

³¹ Mer om ekvivalens-/likhets- og effektivitetsprinsippet i punkt 5.2 nedenfor.

³² Øyen (2010) s. 32 med videre henvisninger.

³³ Graver (2008) s. 158.

Kravene til rettsdogmatikk gjelder også for den EØS-rettslige metoden. Det er i den sammenheng nødvendig å gi en kort omtale av enkelte særegenheter ved klarleggingen av gjeldende EØS-rett.

For det første virker det ikke som at det finnes et klart svar på innholdet i den EØS-rettslige metoden. Fredriksen argumenterer for at det kan utledes en enhetlig EØS-rettslig metodelære basert på EU-domstolens og EFTA-domstolens rettsanvendelse. I den forlengelse plasserer han disse to domstolene i et over- og underordningsforhold, med den slutning at det «for alle praktiske formål er [...] treffende å utrope EU-domstolen som den autoritative fortolker av gjeldende EØS-rett.»³⁴ Blant annet baserer han dette på EFTA-domstolens tolkning av varemerkedirektivets artikkel 7 i *L'oreal*. EFTA-domstolen valgte i den saken å tolke bestemmelsen i tråd med EU-domstolens tolkningsresultat i *Silhouette* og *Sebago*, selv om EFTA-domstolen i *Maglite* hadde kommet til et annet tolkningsresultat. Fredriksen argumenterer for at EFTA-domstolens endrede tolkningsresultat skyldes hensynet til homogenitetsmålsettingen i EØS-avtalens artikkel 1. nr. 1.

Rognstad er derimot av den oppfatning at EU-domstolen ikke på generelt grunnlag og i alle tilfeller kan plasseres i et slikt overordningsforhold vis-a-vis EFTA-domstolen. Hans oppfatning er at Fredriksens resonnement vedrørende EFTA-domstolens tolkning i *L'oreal* er unyansert.³⁵ Rognstad argumenterer for at en

«domstolsbasert rettskildelære ikke strekker til ved fastleggelsen av EØS-avtalens rekkevidde. Veiledning i dette spørsmålet må hentes i avtalens grunnleggende formål, og særlig spenningsforholdet mellom homogenitetshensynet og hensynet til nasjonal suverenitet.»³⁶

Riktignok vil EU-domstolen også etter Rognstads oppfatning i stor grad være førende for klarleggingen av gjeldende EØS-rett, men han argumenterer for at det prinsipielt sett er nødvendig å ikke kategorisk akseptere EU-domstolen som den autoritative fortolkeren i tilfelle EU-domstolen skulle gå utover EØS-avtalens mandat. Hvorvidt Rognstads oppfatning

³⁴ Fredriksen (2010) s. 285.

³⁵ Rognstad (2011) s. 661–666 med videre domshenvisninger.

³⁶ Rognstad (2011) s. 667.

faktisk utgjør et avvik fra Fredriksens standpunkt er derimot noe usikkert, fordi Fredriksen ikke påstår at EU-domstolen formelt sett befinner seg i et hierarki over EFTA-domstolen.

I den forlengelse synes de begge å være enige om at homogenitetsmålsettingen har størst gjennomslagskraft innenfor kjernen av EØS-avtalen, som konkurranseretten utvilsomt er. En kan derfor i stor grad trekke den slutning at EU-domstolens praksis vil være førende for hva som anses som gjeldende EØS-konkurranserett.

For det andre oppstår spørsmålene om tolkning og vektning av EU-domstolens avgjørelser. I den sammenheng byr det på enkelte metodiske utfordringer at dommerne ikke har adgang til å avgi offentlige dissenser, jf. EU-domstolens statutter³⁷ artikkel 35. Dette medfører at dommerne må inngå kompromisser når saken blir tatt opp til doms. Ofte fører kompromissene til at det er vanskelig å tolke avgjørelsene, og at det derfor er krevende å forstå resonnementene til dommerne på enkelte punkter.³⁸ Generaladvokatens (også forkortet «GA») innstillinger utgjør her et viktig bidrag. Selv om innstillingen ikke binder dommerne og det derfor er uklart hvilken reell påvirkning den faktisk har hatt på domsslutningen,³⁹ vil den kunne bidra til å belyse avgjørelsens innhold ved å undersøke om det foreligger samsvar eller motsetninger mellom innstillingen og dommen. Særlig betydningsfulle er innstillingene i tilfeller hvor domstolen selv henviser til den,⁴⁰ og i tilfeller hvor den ikke blir fulgt.⁴¹

Angående prejudikatsverdien av EU-domstolens avgjørelser, antyder empiriske data at verdien avhenger av hvilket rettsområde avgjørelsen befinner seg på.⁴² I den sammenheng er det interessant at rettspraksis om konkurranserettslige problemstillinger synes å ha langt større prejudikatsverdi enn rettspraksis om andre rettsområder. En ytterligere observasjon er at prejudikatsverdien er høyest ved mislykkede forsøk på direkte søksmål, det vil si i saker hvor den private part eller selskap klager direkte til EU-domstolen v/ Underretten for brudd på

³⁷ Statute of the Court of Justice of the European Union.

³⁸ Horspool, Humphreys og Wells-Greco (2016) s. 69.

³⁹ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 322–323.

⁴⁰ Ritter (2006) s. 757.

⁴¹ Bull (2002) s. 76.

⁴² Derlén og Lindholm (2015) s. 1090 (table 1).

deres rettigheter etter EU-retten,⁴³ uten å få medhold av domstolen.⁴⁴ Årsaken kan ha sammenheng med at de sakene som ikke fører frem er langt mer kompliserte enn sakene som gjør det, og derfor trenger en mer omfattende begrunnelse.⁴⁵ I tillegg vil prejudikatsverdien også avhenge av kvaliteten på dommen, samt EU-domstolens sammensetning og prosessuelle håndtering.⁴⁶

Betydningen av Underrettens avgjørelser er derimot uavklart. Fredriksen og Mathisen bemerker imidlertid at «[s]ærlig på konkurranserettens [...] område er Underrettens utførlige dommer og omfattende praksis en viktig kilde til forståelsen av gjeldende EU-rett.»⁴⁷

For det tredje har det EU-rettslige advokatprivilegiet kun i begrenset grad blitt behandlet i norsk juridisk litteratur.⁴⁸ Stort sett er tematikken blitt behandlet på et overordnet nivå, uten noen dypere analyse av vernet og dets betydning i Norge. Undersøkelsene til advokatlovutvalget, skatterådgiverutvalget samt Justis- og beredskapsdepartementet skiller seg ikke fra dette.⁴⁹ Avhandlingen bygger derfor i stor grad på utenlandsk litteratur.

Avhandlingen reiser også utvalgte EMK- og Grunnlovsrettslige problemstillinger. Dette er en naturlig følge av at advokatkommunikasjon er gitt et særlig sterkt vern mot innsyn, jf. EMK artikkel 6 og 8, samt Grl. §§ 95 og 102. Anvendelsen av disse rettskildene utgjør likevel ikke en betydelig del av avhandlingens innhold. Jeg anser det derfor ikke som nødvendig å redegjøre for hvilke metodiske utfordringer bruken av disse rettskildene reiser.⁵⁰

⁴³ I motsetning til de indirekte søksmålene, hvor EU-domstolen kun tar stilling til den juridiske problemstillingen etter forespørsel fra en nasjonal domstol.

⁴⁴ Et flertall av dommene fra EU-domstolens som behandles i denne avhandlingen, er mislykkede forsøk på direkte søksmål. Dette gjelder særlig de dommene som gjennomgås i punkt 3.3.3 om uavhengighetskriteriets innhold.

⁴⁵ Derlén og Lindholm (2015) s. 1084.

⁴⁶ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 321.

⁴⁷ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 324.

⁴⁸ Se blant annet Skoghøy (2017) s. 770; Stub (2011) s. 272–276; Hjelmeng (2005) s. 403–408.

⁴⁹ NOU 2015: 3, s. 192 og 210–211; NOU 2019: 15, s. 120–125; Prop. 214 L (2020–2021) s. 150.

⁵⁰ Se bl.a. Øyen (2011) s. 32–34 om bruk av menneskerettskonvensjonene som rettskilde i norsk rett. For en mer generell gjennomgang av tolkning av grunnlovs- og konvensjonsrettighetene, se Aall (2018) s. 36–50.

Proposisjonen til ny advokatlov ble lagt frem av Justis- og beredskapsdepartementet den 11. juni 2021.⁵¹ Som følge av at proposisjonen ble lagt frem såpass sent, henviser avhandlingen i hovedsak til advokatlovutvalgets utredning. Mitt inntrykk er imidlertid at proposisjonen i stor grad samsvarer med advokatlovutvalgets forslag og begrunnelser. Henvisningene til lovutvalget virker derfor å gjenspeile lovgivers syn på tematikken.

1.4 Fremstillingen videre

I kapittel 2 skal utvalgte begrunnelser for å verne advokatkommunikasjon mot innsyn gjennomgås. Siktemålet med kapitlet er å øke forståelsen for hvorfor vernet er nødvendig, og i den forlengelse fastslå dets rimelige rekkevidde. I kapittel 3 til 6 er hovedformålet å klarlegge gjeldende rett. Avhandlingen vil ta for seg det EU-rettslige vernet (kapittel 3), prosessuelle skranker for konkurransemyndighetens etterforskningskompetanse (kapittel 4), vern av advokatkommunikasjon når nasjonale konkurransemyndigheter håndhever EØS-avtalens artikkel 53 og 54 (kapittel 5), samt nasjonale konkurransemyndigheters håndheving av nasjonal konkurranselovgivning (kapittel 6). Avslutningsvis vil det foretas et utsyn for å vurdere om det EU-rettslige vernet har implikasjoner utenfor konkurranseretten (kapittel 7).

⁵¹ Prop. 214 L (2020–2021) s. 9.

2 Noen begrunnelser for å verne advokatkommunikasjon mot innsyn

2.1 Innledning

Siktemålet med dette kapitlet er å vurdere hvorfor det er nødvendig å verne advokatkommunikasjon mot innsyn, med særlig fokus på å fastslå vernets innhold. Kapitlet skal bidra til å forstå hvorfor det finnes ulike måter å regulere vernet på, og danner dermed et viktig bakteppe for den videre analysen av både det EU/EØS-rettslige vernet og det norske vernet.

For å gjøre dette på en systematisk måte, tar jeg utgangspunkt i to prinsipielt ulike tilnærminger. Først vil vernet søkes begrunnet i et instrumentelt perspektiv, med sikte på å vurdere hvilken nytte vernet utgjør for samfunnet som helhet (punkt 2.2). Deretter vil vernet søkes begrunnet fra et rettighetsperspektiv, herunder både på grunnlag av klientens rett til privatliv (punkt 2.3) og klientens rett til forsvar (punkt 2.4).

2.2 Det instrumentelle perspektivet

I engelsk-amerikansk rettstradisjon, har vern av advokatkommunikasjon tradisjonelt vært begrunnet med at vernet er en nødvendighet for en åpen og ærlig informasjonsutveksling mellom advokaten og klienten. Tanken bygger på et premiss om at vernet vil føre til økt etterlevelse av regelverket (compliance) og bidra til å fremme rett og hindre urett.⁵² Det primære formålet i et slikt perspektiv er altså ikke å hemmeligholde opplysningene til klienten. Vernet er heller ansett å være en viktig bidragsyter for en velfungerende rettsstat.

Gippini-Fournier synes å argumentere for at den engelsk-amerikanske begrunnelsen baserer seg på *utilitarisme*, fordi han fokuserer på hvilken nytteverdi vernet har for samfunnet som helhet.⁵³ Som grunnlag for sin argumentasjon henviser han imidlertid hyppig til Auburn, som er av en noe annen oppfatning. Auburn hevder nemlig at begrunnelsen i større grad baserer seg på *instrumentalisme*. Grunnen til dette er at vernet anses som et *middel* for å oppnå et bestemt eller ubestemt mål, i dette tilfelle økt lojalitet mellom advokaten og klienten.⁵⁴

⁵² Christoforou (1985) s. 4.

⁵³ Gippini-Fournier (2004) s. 978.

⁵⁴ Auburn (2000) s. 15.

Auburn forkaster dermed det rent utilitaristiske argumentet, selv om det kan virke som at disse til en viss grad henger tett sammen. I denne sammenheng er det ikke nødvendig å begi seg ut på en teoretisk diskusjon om hvorvidt det ene begrepet er mer treffende enn det andre. For det videre vil det engelsk-amerikanske perspektivet for enkelhets skyld omtales som det instrumentelle, av den grunn at begge forfatterne, om så med ulik tyngde, argumenterer for at begrunnelsen for å verne advokatkommunikasjon mot innsyn er at vernet utgjør et middel og ikke et mål i seg selv.

For den videre drøftelsen er det sentralt å bemerke at den engelsk-amerikanske begrunnelsen bygger på tre forutsetninger. For det første at borgerne vil benytte seg av advokater i mindre grad dersom kommunikasjonen dem imellom ikke er vernet – eller vernet i mindre grad – mot innsyn. For det andre at borgerne i større grad vil være tilbakeholdne med å gi korrekt og tilstrekkelig informasjon til advokaten dersom vernet ikke eksisterer eller har et svakere vern sammenlignet med nåværende regler. For det tredje at vernet bidrar til å skape en lojalitetsbinding mellom advokaten og klienten, som igjen leder til compliance.

I det følgende skal det problematiseres om disse forutsetningene gjør seg gjeldende i det praktiske liv.

Som et utgangspunkt har det vært hevdet at det er svært vanskelig å bevise hvilken effekt vern av advokatkommunikasjon har. Blant annet ble det uttalt av den amerikanske høyesterett i *Swidler & Berlin og James Hamilton v. United States* fra 1998, at den empirien som foreligger både er begrenset og usikker.⁵⁵ Danet, Hoffman og Kermish er av tilsvarende oppfatning, og uttrykte i begynnelsen av sin forskningsartikkel om advokatprivilegiets betydning at «[t]his is the story of a failure, told in the hope that it will contribute toward the eventual success of others in carrying out what is still a novel enterprise: the empirical study of lawyer-client relationships.»⁵⁶ Auburn er imidlertid av en litt annen oppfatning, og argumenterer for at det kan trekkes ut noen slutninger fra empirien som kan danne et grunnlag for å vurdere hvor effektivt vernet faktisk er.⁵⁷

⁵⁵ Se Auburn (2000) s. 69 med videre henvisninger.

⁵⁶ Danet, Hoffman og Kermish (1980) s. 1.

⁵⁷ Auburn (2000) s. 15.

Empirien Auburn henviser til, stammer hovedsakelig fra spørreundersøkelser utført på 1960- og 1970-tallet. Ideelt sett burde empirien naturligvis vært av nyere dato, og empirien burde også vært mer holdbar. Etter mitt syn er empirien likevel fortsatt av interesse, fordi det er bedre å synliggjøre usikker empiri enn å utelukke det fullstendig. Som følge av kvaliteten på empirien, er det likevel viktig å ikke legge for mye i de slutninger som trekkes ut.

Basert på de ulike studiene, finner Auburn at advokatprivilegiet ikke er så sentralt som tidligere antatt. Grunnlaget for slutningen er at det virker som at både advokater og klienter har et noe forvridt inntrykk av vernets eksistens, innhold og betydning. I en studie fra Yale fant forskerne at 66 prosent av de spurte trodde at advokater ikke har adgang til å videreformidle noe som er fortalt dem under lovnad om taushetsplikt, samtidig som halvparten av de spurte trodde eller var usikre på om advokaten var pliktig til å meddele retten den samme informasjon dersom dommeren ba om det.⁵⁸ Yale-studien differensierte også mellom advokater og klienter. Her fant forskerne at mens 72 prosent av advokatene mente at vernet bidro til at klientene var åpen og ærlig angående relevante opplysninger, mente bare 51 prosent av klientene at vernet var viktig for åpen og ærlig kommunikasjon. I en tilsvarende studie fra Texas om vernet kommunikasjon med psykologer, fant forskerne lignende resultater: Mens 79 prosent av psykologene mente at vernet var nødvendig for åpen og ærlig kommunikasjon, viste praksis fra den daglige virksomheten på klinikkene til psykologene at de bare rapporterte inn at vernet var av betydning for kommunikasjonen med pasienten i en fjerdedel av tilfellene. Videre fant Texas-studien at de fleste pasientene ikke visste om at kommunikasjon med psykologen var vernet mot innsyn i rettslige prosesser. Hele 96 prosent av pasientene var derimot av den oppfatning opplysningene de ga til psykologen var tilstrekkelig ivaretatt av vedkommendes etiske plikter.⁵⁹

Det virker derfor å være svært store ulikheter når det kommer til oppfattelsen av hvor sentralt vernet faktisk er. Forskerne bak Yale-studien påstod i den forlengelse at det kan virke som at vernets fortsatte eksistens og omfang skyldes yrkesutøvernes egne oppfatninger.⁶⁰ Denne ulike oppfatningen og mangelfulle empirien gjør det derimot krevende å konkludere på om vernet utgjør et *viktig middel*. Det må ikke nødvendigvis være slik at et flertall av advokatens

⁵⁸ Auburn (2000) s. 76.

⁵⁹ Auburn (2000) s. 77.

⁶⁰ Auburn (2000) s. 78.

klienter må anse vernet som betydningsfullt for at det skal kunne anses som et viktig middel; det kan være tilstrekkelig at kun en begrenset andel av klientene finner vernet nødvendig, og at det derfor utgjør et viktig middel. Inntil det kommer ny og mer holdbar empiri som kan belyse klientens behov for vern av advokatkommunikasjon, bør fokus heller rettes mot den tredje forutsetningen, nemlig om vernet bidrar til compliance.

Compliance-argumentet bygger på at en velinformert advokat med stor grad av sannsynlighet vil komme frem til den juridisk riktige konklusjonen, og at klienten vil følge advokatens råd i så måte. Forutsetningen bygger altså på en kombinasjon av informasjon og faglig dyktighet, samt lojal etterfølgelse.

Etter mitt syn kan også compliance-forutsetningen diskuteres. *For det første* tar compliance-forutsetningen for lett på advokaters ulike faglige kompetanse. Det kan nemlig virke som at den engelsk-amerikanske begrunnelsen bygger på en forutsetning om at informasjon er viktigere enn kompetanse for å komme til materielt riktig resultat. Utgangspunktet er riktignok klart: Selvfølgelig vil en velinformert advokat gjøre en bedre jobb enn en uinformert advokat dersom det kan legges til grunn at den faglige ekspertisen er lik. Det er imidlertid ikke særlig realistisk å legge til grunn at samtlige advokater holder samme faglig nivå. Tvert imot antar jeg at den faglige ulikheten medfører at enkelte advokater hyppigere vinner frem med sine argumenter om forståelsen av gjeldende rett for Høyesterett enn andre.⁶¹ Det er jo ikke nødvendigvis slik at de mest meritterte advokatene sitter på mer og bedre informasjon enn konkurrerende advokater, selv om det ikke kan utelukkes at de beste advokatene i større grad er flinkere til å be om relevant og nødvendig informasjon. I en sivil retts sak kommer dette poenget på spissen, fordi det er partenes ansvar å opplyse om det faktiske avgjørelsesgrunnlaget. En kan på den bakgrunn fastslå at det virker mest sannsynlig at den faglige ekspertisen er langt viktigere enn informasjonen advokaten besitter for å komme frem til materielt riktig resultat. Det kan derfor stilles spørsmål ved om advokater i denne sammenheng heller bør fokusere på økt videreutdanning fremfor å forsøke å utvide eller bevare vernets rekkevidde.

For det andre kan det stilles spørsmål ved hvor lojalt klienten følger advokatens rådgivning, og i hvilken grad det vil føre til compliance. I den sammenheng er det hensiktsmessig å skille

⁶¹ Høyesterett dømmer i siste instans, og utgjør derfor et treffende eksempel.

mellom advokatens juridiske bistand og rådgivning vedrørende klientens fortidige handlinger, pågående handlinger og fremtidige handlinger.

Hvis man skal være helt tro til compliance-konseptet for å rettferdiggjøre advokatprivilegiet, er det vanskelig å akseptere at advokatkommunikasjon om klientens tidligere handlinger er vernet mot innsyn. Compliance-argumentet handler nettopp om at advokatens rådgivning skal bidra til at klienten overholder gjeldende lover og regler. For at det skal fungere, må advokaten ha mulighet til å påvirke klientens atferd, hvilket innebærer at compliance-argumentet hovedsakelig retter seg mot fremtidige og pågående handlinger. Advokatens evne til å påvirke klientens fortidige handlinger er på den annen side en umulighet, da disse handlingene skjer forut for advokatens kjennskap til saken. For at kommunikasjon vedrørende fortidige handlinger skal kunne rettferdiggjøre å være vernet mot innsyn, må det heller være fordi advokatens rådgivning medfører at klienten i liknende fremtidige eller pågående saker handler i tråd med gjeldende rett. Det er imidlertid ikke gitt at klienten i liknende saker endrer sin atferd på grunn av advokatens rådgivning. Om mulig kan det være at klienten heller som følge av motpartens juridiske argumentasjon innser at han tar feil, og derfor endrer sin atferd i liknende saker. Oppsummert kan det derfor vanskelig rettferdiggjøres at advokatprivilegiet fra det instrumentelle perspektivet verner om kommunikasjon som omfatter fortidige handlinger.

Det kan også reises spørsmål ved om vern av kommunikasjon angående fremtidige og pågående handlinger bidrar til compliance. Ved kun å verne om kommunikasjon som angår fremtidig og pågående handlinger, motiveres den enkelte til å engasjere en advokat tidlig i prosessen, og med det øke sannsynligheten for at den pågående eller fremtidige handlingen skjer i tråd med gjeldende lover og regler. Det er imidlertid ikke gitt at denne lojalitetsbindingen mellom klienten og advokaten, medfører at klienten faktisk følger advokatens juridiske råd. Av den grunn argumenterer Gippini-Fournier for at det *ideelt sett* bør stilles krav om at klienten *effektivt* følger advokatens råd for at kommunikasjonen mellom dem skal være vernet mot innsyn, da det bare er på denne måten en kan oppnå (økt) compliance.⁶² Sett bort ifra de svært praktiske vanskelighetene av en slik regel, kunne det i teorien tenkes å føre med seg flere positive virkninger. Klienten ville i større grad vært motivert til å følge advokatens råd, og i så måte vært mindre villig til å misbruke advokatens faglige kompetanse for å omgå regelverket. Dersom klienten handlet i strid med gjeldende

⁶² Gippini-Fournier (2004) s. 983.

rett, ville det enten bevist at klienten bevisst ikke hadde fulgt advokatens rådgivning lojalt, eller at den juridiske rådgivningen var mangelfull og/eller uriktig.

Hvis det derimot skulle vise seg at advokatprivilegiet fører til (økt) compliance, er det vanskelig å begrunne hvorfor vernet kun gjelder kommunikasjon med advokater. Det er nemlig ikke slik at advokater er de eneste i samfunnet som besitter juridisk ekspertise. Kommunikasjon med jusprofessorer, jurister, jusstudenter og andre som har god kjennskap til rettsvitenskap er jo ikke vernet mot innsyn. Likevel vil disse gruppene kunne bidra hvis problemstillingen borgeren eller selskapet står overfor faller innenfor vedkommendes kompetanseområde. Det er ikke et ukjent fenomen at professorer får i oppdrag fra advokatfirmaer å utrede krevende juridiske problemstillinger, selv om en slik utredning som utgangspunkt ikke er vernet mot innsyn. At det mellom partene avtales at professoren pålegges en erstatningsbetinget konfidensialitetsplikt, hindrer nemlig ikke forvaltningsmyndighetene eller domstolen fra å kreve utredningen utlevert, med mindre professoren opptrer som advokat selv. En tilnærming om at det bare er advokatkommunikasjon som er vernet mot innsyn, strider derfor med det instrumentelle perspektivet. Dersom vern av kommunikasjonen er viktig for borgeren, og lojalitetsbindingen som følge av vernet bidrar til compliance, er det underordnet hvem det kommuniseres med.

Min oppfatning er at det er stor usikkerhet ved om det instrumentelle perspektivet er tilstrekkelig godt begrunnet til at det kan rettferdiggjøre å verne advokatkommunikasjon mot innsyn. Det kan virke som at klientene ikke har et like stort behov for vern som det advokatene antar, noe som kan være årsaken til at advokatkommunikasjon etter dette perspektivet er gitt et såpass vidtrekkende vern. Hvorvidt vernet bidrar fører til compliance, fremstår også usikkert slik vernet er i dag. Det synes tvert imot mer sannsynlig at det er den faglige kompetansen til advokaten som er avgjørende, et moment det instrumentelle perspektivet i liten grad problematiserer.

2.3 Av hensyn til klientens privatliv

Felles for å begrunne advokatprivilegiet i hensynet til klientens privatliv og klientens rett til forsvar, er at vernet fra et slikt perspektiv anses som en *fundamental rettighet*.⁶³ Med fundamental rettighet menes i denne sammenheng utvalgte rettigheter som har en høyere grad

⁶³ Gippini-Fournier (2004) s. 989.

av beskyttelse mot inngrep. Spørsmålet i dette punktet er om vern av advokatkommunikasjon kan begrunnes i hensynet til klientens privatliv. Først i neste punkt vil samme spørsmål angående klientens rett til forsvar vurderes.

Som et utgangspunkt er det sentralt å presisere at vern av privatliv anses som en grunnleggende menneskerettighet, forankret både i EMK artikkel 8 og Grunnloven § 102. Formuleringen privatliv er imidlertid et relativt vagt begrep, og i Maria-saken, Rt. 2015 s. 93 avsnitt 58, ble det uttalt at noen uttømmende definisjon ikke finnes. I samme avsnitt uttales det at EMDs praksis viser at «menneskets fysiske *integritet*, alle de ulike elementene i den enkeltes *identitet* i videste forstand, og den *personlige autonomi*», er sentrale komponenter i den enkeltes privatliv, og derfor nyter et større vern mot inngrep.

Det følger videre av EMDs praksis at advokaters taushetsplikt har et slikt særlig vern, se blant annet *Michaud mot Frankrike*.⁶⁴ Bakgrunnen for saken var at franske advokater er pålagt å rapportere inn nærmere angitte opplysninger om sine klienter til offentlige myndigheter ved mistanke om hvitvasking og terrorfinansiering. EMD fastslo at en slik generell rapporteringsplikt utgjorde et inngrep i advokatens vern av korrespondanse og dermed rett på privatliv. En slik rapporteringsplikt kunne derfor bare rettferdiggjøres dersom den hadde *tilstrekkelig lovhjemmel*, ivaretok et *legitimt formål* og var *forholdsmessig*, se dommens avsnitt 90–93.

EMD kom til at lovskravet var oppfylt, fordi rekkevidden av rapporteringsplikten presist ga uttrykk for at den ikke omfattet den konkrete rettslige bistanden advokaten utførte som «legal counsel or in the context of judicial proceedings». Domstolen fant videre at bekjempelse av hvitvasking er legitimt etter konvensjonen, og at rapporteringsplikten derfor var formålsmessig, se særlig dommens avsnitt 98–99.

Vurderingen av forholdsmessigheten var langt mer kompleks. Kort og upresist vurderte EMD om rapporteringsplikten krenket advokatprivilegiet (LPP).⁶⁵ Advokaters taushetsplikt og advokatprivilegiet ble dermed behandlet som to ulike vern, hvor EMD fastslår at inngrep i privilegiet er langt mer alvorlig enn inngrep i den mer generelle taushetsplikten, jf. avsnitt

⁶⁴ *Michaud mot Frankrike* [C], no. 12323/11.

⁶⁵ Om forholdet mellom advokaters taushetsplikt og advokatprivilegiet, se punkt 1.1 innledningsvis.

118–119. I den sammenheng fastslo EMD at advokatprivilegiets kjerne er «lawyer's defence role», som innebærer at kommunikasjon som omhandler juridisk bistand før, under og etter rettslige prosesser, er vernet mot innsyn, jf. avsnitt 127–128. EMD skiller følgelig mellom kommunikasjon som gjelder klientens og advokatens alminnelige privatliv på den ene siden, og den kommunikasjonen som knyttes mer direkte til klientens rett til forsvar på den andre, selv om grensen mellom disse ikke er helt skarpskåret. Fordi den aktuelle rapporteringsplikten ikke omhandler kommunikasjon som var tilknyttet retten til forsvar, kom EMD til at plikten var i tråd med EMK artikkel 8 nr. 2, se avsnitt 132.

Å begrense det sterkere vernet til kun å omfatte kommunikasjon som skjer i forbindelse med retten til forsvar, og ikke ut ifra en mer privatlivsfokusert tilnærming, har gode grunner for seg. Dette fordi advokatprivilegiet er en bevisforbudsregel, som innebærer at nærmere angitte opplysninger ikke kan inngå i beslutningsgrunnlaget til forvaltningen eller domstolen når de fatter sin avgjørelse. Dersom privatlivsperspektivet skulle få styre hvilke opplysninger forvaltningen og domstolen skal ta sine beslutninger på grunnlag av, skaper det et behov for å sondre mellom beskyttelsesverdien av ulike former for personopplysninger.

Spørsmålet som da må stilles, er hvorfor det anses viktigere å verne advokatkommunikasjon mot innsyn enn sensitive opplysninger om barnevern, psykisk helsevern, kommunikasjon mellom ektefeller mv. Et eksempel kan være som følger: Advokatkommunikasjon om et boligkjøp vil antagelig være mindre sensitivt fra et privatlivsperspektiv sammenlignet med opplysninger i en sak om foreldreansvar som bekrefter voldelig atferd fra barnets far. Likevel er det kun advokatkommunikasjonen som vernes mot innsyn i en rettslig prosess.⁶⁶ Hvis vernet derimot hadde vært så vidtrekkende at det skulle omfatte *enhver* opplysning om privatlivet, ville det medført langt færre materielt riktige resultater fordi forvaltningens og domstolens beslutningstakere måtte basert seg på et mer begrenset informasjonsgrunnlag.

Videre er det også slik at mye av kommunikasjonen med advokaten i stor grad handler om å kartlegge hvilke opplysninger som skal deles med forvaltningen og/eller domstolen, og hvilke opplysninger som skal holdes utenfor. I den vurderingen er det irrelevant om opplysningene er av sensitiv art; det avgjørende for om advokaten anbefaler klienten å dele opplysningene er

⁶⁶ Det kan selvfølgelig ikke utelukkes at kommunikasjon med andre yrkesgrupper enn advokater nyter et ekstra sterkt vern mot innsyn i rettslige prosesser, for eksempel kommunikasjon med leger og psykologer. Det er imidlertid utenfor denne avhandlingen å ta stilling til dette.

om det bidrar til at klienten får medhold i sine påstander.⁶⁷ Klientens privatliv blir på den annen side ivaretatt av de regler om taushetsplikt og begrensninger på offentlig innsyn som forvaltningen og domstolen er underlagt.

Privatlivsfokuset gjør det også krevende å ta stilling til om vernet gjelder tilsvarende for fysiske og juridiske personer. Gippini-Fournier påpeker at vern av privatliv i hovedsak knytter seg til menneskelige følelser som skyldfølelse, skam, forlegenhet og stress.⁶⁸ Med det som bakteppe kan det tyde på at et foretak sitt behov for vern av advokatkommunikasjon i et personlivsperspektiv er langt svakere enn for en fysisk person.

Etter mitt syn knytter det seg følgelig svært store svakheter med å begrunne et generelt vern av advokatkommunikasjon utelukkende basert på et privatlivsperspektiv. Det leder over til en vurdering av om å knytte vernet til retten til forsvar er en mer farbar vei.

2.4 For å sikre klientens rett til forsvar

Den noe forenklete gjennomgangen av *Michaud mot Frankrike* i punkt 2.3 ovenfor, viser at EMD i sin vurdering av advokatkommunikasjon skiller mellom den generelle, udefinerte kommunikasjonen som skjer mellom advokaten og dens klient på den ene siden, og den kommunikasjonen som knytter seg mer direkte opp mot advokatens rolle som forsvarer av hensyn til klientens rett til forsvar på den andre. Det er kun kommunikasjon i sistnevnte kategori som nyter et ekstra sterkt vern mot innsyn. Vernet er begrenset til juridisk bistand og rådgivning som skjer før, under og etter en rettslig prosess.

Spørsmålet i det følgende er hvorvidt vernets tilknytning til retten til forsvar er godt begrunnet, og hvordan en skal kunne angi dets materielle rekkevidde.

I *Michaud mot Frankrike* la EMD betydelig vekt på at det vil være tilnærmet umulig for advokaten å forsvare sin klient dersom vedkommende ikke kan forsikre klienten om at kommunikasjonen dem imellom er vernet mot innsyn, se dommens avsnitt 118. Min oppfatning er at denne antagelsen kan nyanseres. I sin bok viser Auburn blant annet til forskning om tiltaltes lojalitet til sine forsvarere. Forskningen antyder at det kan virke mot sin hensikt om advokaten prøver å forsikre klienten om at kommunikasjonen mellom dem er

⁶⁷ Gippini-Fournier (2004) s. 992.

⁶⁸ Gippini-Fournier (2004) s. 994.

vernet mot innsyn, fordi enkelte klienter oppfatter en slik forsikring som for godt til å være sant. Sett i sammenheng med den begrensede kunnskapen folk flest har om eksistensen og innholdet i advokatprivilegiet, kan det derfor være bedre om advokaten i større grad angir hvilke rammer kommunikasjonen må befinne seg innenfor for å være vernet mot innsyn. På den måten vil tiltaltes lojalitet til forsvareren potensielt øke, noe som fører til en mer åpen og ærlig kommunikasjon mellom dem, også om forhold som skulle falle utenfor vernet.⁶⁹

Etter mitt syn er EMDs uttalelse om at advokatprivilegiet har en indirekte kobling til enhver rett til en rettferdig rettergang og vern mot selvinkriminering mer overbevisende, jf. avsnitt 118. Retten til å la seg bistå av en forsvarer er vernet i EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav c og er et utslag av det overordnede kravet til rettferdig rettergang i EMK art. 6.⁷⁰ I den grad borgeren eller selskapet har krav på forsvarer, vil det utgjøre en betydelig krenkelse dersom domstolen og motparten fikk innsyn i selve forsvaret.

Advokatprivilegiets kobling til selvinkrimineringsvernet er antageligvis minst like treffende som retten til å velge sin forsvarer. Vernet går enkelt forklart ut på at ingen skal bli pålagt å vitne mot seg selv i en straffesak.⁷¹ Dersom den tiltalte derimot forteller inkriminerende opplysninger om seg selv til andre, vil denne personen kunne bli innkalt som vitne i saken. Hvis så kommunikasjon mellom tiltalte og forsvareren ikke er vernet mot innsyn, vil det være tilnærmet umulig for den tiltalte å få realisert sitt vern mot selvinkriminering. Den tiltalte vil da stå overfor et umulig dilemma: Enten forbli taus overfor advokaten og dermed ikke få kjennskap til hvilke opplysninger som er vernet mot innsyn i kraft av selvinkrimineringsvernet, eller opplyse forsvareren og dermed risikere at forsvareren blir innkalt som vitne.

I denne sammenheng er det ikke formålstjenlig å utpense rekkevidden av selvinkrimineringsvernet. Det er imidlertid nødvendig å gi en kort omtale av hvilket vern foretak eventuelt har mot å inkriminere seg selv. Bakgrunnen for denne avgrensningen, er at Konkurransetilsynet bare kan gi overtredelsesgebyr til nettopp foretak, se krrl. § 29. Fordi

⁶⁹ Auburn (2000) s. 76.

⁷⁰ Av samme oppfatning, se Gippini-Fournier (2004) s. 998 med videre henvisninger.

⁷¹ Se blant annet Rt. 1999 s. 1269. Høyesterett uttalte på s.1271 at «[d]et er et grunnleggende rettsstatsprinsipp at den som er mistenkt for en straffbar handling har rett til å forholde seg taus, og ikke har noen plikt til å bidra til egen straffellelse.»

overtredelsesgebyrer er å anse som straff etter EMK artikkel 6, aktualiseres vernet mot selvinkriminering.⁷² Foreløpig har ikke EMD tatt stilling til om foretak omfattes av selvinkrimineringsvernet.⁷³

Høyesterett har på sin side lagt til grunn at selvinkrimineringsvernet etter EMK også gjelder for juridiske personer (foretak), riktignok med den begrensning at foretakets vern er svakere enn for fysiske personer, se Rt. 2011 s. 800 (avsnitt 25–59). Straffeprosessutvalget mener derimot at Høyesteretts avgjørelse har liten rettskildemessig vekt, fordi avgjørelsen har liten støtte i EMD-praksis angående øvrige saker om juridiske personer.⁷⁴ Straffeprosessutvalget foreslo derfor ikke å opprette et vern for foretak mot selvinkriminering i norsk straffeprosess.⁷⁵

Av EU-domstolens praksis om foretaks selvinkrimineringsvern, er *Orkem*⁷⁶ den mest sentrale avgjørelsen. I saken var at et foretak i en konkurransesak nektet å forklare innholdet i tilsendte opplysninger til Kommisjonen, fordi en slik forklaring ville inkriminere foretaket.⁷⁷ Domstolen vurderte medlemsstatenes rettsordener og EMK, men fant at disse rettskildene ikke ga grunnlag for å etablere et grunnleggende prinsipp som vernet foretak fra å vitne mot seg selv, og da særlig ikke innenfor konkurranseretten.⁷⁸ Et noe begrenset vern ble derimot oppstilt som del av foretakets *rett til forsvar*.⁷⁹ Vernet innebærer at Kommisjonen ikke kan pålegge foretakene å fremlegge opplysninger «som innebærer eller kan innebære en

⁷² Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 117.

⁷³ Øyen (2019) s. 107.

⁷⁴ NOU 2016: 24, s. 210–211.

⁷⁵ NOU 2016: 24, s. 213.

⁷⁶ *Orkem*, C-374/87.

⁷⁷ *Orkem*, C-374/87, avsnitt 18.

⁷⁸ *Orkem*, C-374/87, avsnitt 29–30.

⁷⁹ I den danske oversettelsen benyttes terminologien «kontradiksjonsprincippet» istedenfor retten til forsvar. Tilsvarende terminologi brukes i Hjelmeng og Graver (2006) s. 126. Den franske versjonen omtaler det derimot som «droits de la défense». Mitt synspunkt er derfor at den danske oversettelsen og tilnærmingen til Hjelmeng og Graver er for snever. Retten til forsvar omfatter langt mer enn retten til å bli hørt, se blant annet Tridimas (2006) s. 370–417. Dette vil bli nærmere grunnlagt i punkt 3.2.1 nedenfor.

erkjennelse av at en overtredelse er begått.»⁸⁰ Med andre ord utgjør selvinkrimineringsvernet bare en begrenset beskyttelse mot utleveringspålegg for foretak.

At advokatprivilegiet kobles til retten til forsvarerbistand og vernet mot selvinkriminering, danner dermed den naturlige ramme for hvor vidtrekkende et slikt vern vil være: Dersom ingen av disse to fundamentale rettighetene aktualiseres, eksisterer intet vern av advokatkommunikasjon.

⁸⁰ *Orkem*, C-374/87, avsnitt 33–36. Sitat hentet fra Øyen (2010) s. 365.

3 EU-rettens vern av advokatkommunikasjon i konkurransesaker

3.1 Bakteppe: en balansegang mellom effektiv håndhevelse av konkurranseretten og vern av advokatkommunikasjon

Da EU-domstolen skulle ta stilling til i hvilken grad kommunikasjon mellom klienten og advokaten var vernet mot innsyn fra Kommisjonen i *AM & S*, stod domstolen overfor et prinsipielt utfordrende valg. På den ene siden vil et vern av advokatkommunikasjon medføre at Kommisjonen får en snevrere adgang til relevante bevis, som igjen kan føre til at håndhevelsen av konkurransereglene blir mindre effektiv. På den andre siden utgjorde vern av advokatkommunikasjon en viktig rettssikkerhetsgaranti i samtlige medlemsland, noe EU-domstolen fant at det var nødvendig å ta tilbørlig hensyn til.⁸¹ Bakgrunnen var at bevissikringsadgangen i medhold av den tidligere forordning 17 artikkel 14 (nå forordning 1/2003 artikkel 20) ikke inneholdt noe eksplisitt forbud mot å kreve innsyn i advokatkommunikasjon.⁸²

Som følge av at advokatprivilegiet var ulikt regulert blant medlemslandene, måtte EU-domstolen oppstille egne kriterier for at advokatkommunikasjonen skulle være vernet mot innsyn fra Kommisjonen: *For det første* må kommunikasjonen skje i tilknytning til klientens rett til forsvar. *For det andre* må kommunikasjonen være med en uavhengig advokat, det vil si en advokat som ikke har noen ansettelsesrelasjon til klienten. *For det tredje* må advokaten ha bevilling eller tilsvarende til å drive advokatvirksomhet i et av medlemslandene. I dette kapitlet skal disse kriteriene analyseres. Siktemålet er at kapitlet skal legge grunnlaget for den videre vurderingen av hvilke implikasjoner vernet har for norske konkurransemyndigheters etterforskning og håndhevelse av EØS-avtalens artikkel 53 og 54, samt nasjonal konkurranselovgivning.

Hvert enkelt kriterium vil bli vurdert hver for seg. Jeg behandler først retten til forsvar i punkt 3.2, deretter uavhengighet i punkt 3.3 og endelig bevilling i punkt 3.4.

⁸¹ Burkard (1986) s. 682.

⁸² *AM & S*, C-155/79, avsnitt 15–19.

3.2 Første kriterium: «rett til forsvar»

3.2.1 Opphav og forankring

Det første kriteriet som ble oppstilt i *AM & S* for at advokatkommunikasjon skal være omfattet av advokatprivilegiet, er at kommunikasjonen med advokaten må skje i tilknytning til *klientens rett til forsvar*.⁸³ I det følgende skal jeg først gjennomgå kriteriets opphav og forankring, fordi det er et nødvendig bakteppe for vurderingen av innholdet i punkt 3.2.2 nedenfor.

Først er det verdt å bemerke at det ikke var gitt at EU-domstolen skulle knytte vern av advokatkommunikasjon til klientens rett til forsvar. Både GA Warner og GA Slynn var av den oppfatning at vernet burde vært avgrenset på en annen måte. De foreslo begge at all *juridisk bistand og rådgivning* skulle være vernet mot innsyn.⁸⁴ Deres oppfatning baserte seg i all hovedsak på den engelsk-amerikanske rettstradisjonen som gjelder i Storbritannia, som de mente var bedre utviklet enn den franskinspirerte knytningen til retten til forsvar som EU-domstolen endte opp med.

I sin begrunnelse for å knytte vernet til klientens rett til forsvar, uttalte domstolen i *AM & S* at «the protection of the confidentiality of written communications between lawyer and client is an **essential corollary to those rights** [les: retten til forsvar]» (mine uthevninger).⁸⁵ Retten til forsvar er altså ikke noe som etableres som et selvstendig krav som må være oppfylt for at kommunikasjon omfattes av advokatprivilegiet. Det er heller det at advokatprivilegiet er en bestanddel i et større rettslig landskap som faller under fellesbetegnelsen retten til forsvar. For å forstå hvordan dette henger sammen, er det nødvendig å undersøke hvilken rolle retten til forsvar har i EU.

Opprinnelig hadde ikke EU noen katalog av rettigheter som ivaretok borgere og selskap i saker hvor de var pålagt sanksjoner av et EU-organ. For å fylle dette tomrommet, etablerte EU-domstolen gjennom sin praksis ulike rettigheter med henvisning til EMK og de

⁸³ *AM & S*, C-155/79, avsnitt 21: «such communications are made for the purposes and in the interests of the client's rights of defence».

⁸⁴ GA Warners innstilling i *AM & S*, C-155/79, s. 1637; GA Slynns innstilling i *AM & S*, C-155/79, s. 1655.

⁸⁵ *AM & S*, C-155/79, avsnitt 23.

forfatningsmessige tradisjonene som var felles for medlemsstatene.⁸⁶ Det ble i den sammenheng fastslått en rett til å bli hørt (kontradiksjon),⁸⁷ et nærmere angitt vern mot selvinkriminering,⁸⁸ en rett til å la seg bistå av en forsvarer,⁸⁹ og vern av advokatkommunikasjon mot innsyn⁹⁰ som del av den enkeltes rett til forsvar.⁹¹

Retten til forsvar er nå kodifisert i EU-paktens artikkel 48 nr. 2, og gjelder i alle saker hvor noen kan bli pålagt en sanksjon for brudd på EU-retten:

«It must be recalled that in all proceedings in which sanctions, especially fines or penalty payments, may be imposed observance of the rights of the defence is a fundamental principle of European Union law which has been emphasised on numerous occasions in the case-law of the Court (see, Case C-194/99 P *Thyssen Stahl v Commission* [2003] ECR I-10821, paragraph 30; Case C-289/04 P *Showa Denko v Commission* [2006] ECR I-5859, paragraph 68; Case C-3/06 P *Groupe Danone v Commission* [2007] ECR I-1331, paragraph 68), and which has been enshrined in Article 48(2) of the Charter of Fundamental Right of the European Union.»⁹²

Det er altså uten betydning om saken er reist mot en borger eller et foretak for at retten til forsvar aktualiseres; det avgjørende er om det *kan* reises en sanksjonssak mot vedkommende. I denne sammenheng er det verdt å bemerke at Kommisjonen bare kan reise søksmål mot foretak (omtalt som «undertakings») for brudd på konkurransereglene i TFEU artikkel 101 og 102. Kommisjonen har dermed ikke adgang til å reise sak mot individuelle personer. Videre er det heller ikke relevant å skille mellom foretak som er privat og offentlig eid. Grunnen til dette er at TFEU artikkel 345 på generelt grunnlag fastslår at EU-retten ikke skal differensiere ut fra eierskap. Det vil derfor være i strid med diskrimineringsforbudet i artikkel 3 nr. 3 annet

⁸⁶ Tridimas (2006) s. 370.

⁸⁷ *Alvis*, C-32/62, s. 55.

⁸⁸ *Orkem*, C-374/87, avsnitt 33-36.

⁸⁹ *Demont*, C-115/80, avsnitt 11.

⁹⁰ *AM & S*, C-155/79, avsnitt 23.

⁹¹ Tridimas (2006) s. 373.

⁹² *Akzo Nobel* [GC], C-550/07 P, avsnitt 92.

ledd TEU⁹³ å forskjellsbehandle anvendelsen av retten til forsvar på bakgrunn av hvem som eier det aktuelle foretaket som er under etterforskning.⁹⁴

3.2.2 Innhold

I *AM & S* uttalte EU-domstolen at vernet omfatter all kommunikasjon som utveksles *etter* at det er igangsatt en administrativ prosedyre i medhold av forordning 17 (nå forordning 1/2003). Dette er imidlertid ikke tilstrekkelig; kommunikasjonen må også *kunne* lede til en avgjørelse om å anvende TFEU artikkel 85 og 86 (nå TFEU artikkel 101 og 102) eller en avgjørelse om å ilegge selskapet en forvaltningssanksjon.⁹⁵ TFEU artikkel 101 og 102 forbyr som nevnt konkurransehennende avtaler mellom foretak, og utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling.

Et slikt utgangspunkt er nesten selvforklarende.⁹⁶ Etter at en slik prosedyre er igangsatt, er det av hensyn til selskapets rettssikkerhet avgjørende at de får mulighet til å forberede sitt forsvar. For at forsvaret skal være reelt, må selskapet ha anledning til å kommunisere relativt fritt med sin advokat uten innsyn fra andre, se punkt 2.4 ovenfor.

EU-domstolen har derimot ikke vært tydelig på om kommunikasjon foretatt etter at prosedyren er igangsatt må være av rettslig art for å være vernet. Det er grunn til å anta at kommunikasjon mellom advokat og klient som utveksles etter at prosedyren er igangsatt vil dreie seg om hvordan selskapet skal forholde seg til etterforskningen. En slik antagelse innebærer at kommunikasjonen er juss-relatert. Dette henger sammen med at den administrative prosedyren primært skal undersøke *om* det har skjedd et brudd på konkurransereglene, og treffe passende tiltak deretter. Kommunikasjon med advokaten som først skjer etter at det eventuelle lovbruddet er begått, er derfor normalt ikke av relevans for den pågående etterforskningen og håndhevingen. Hvis det derimot skulle vise seg at kommunikasjonen med advokaten innebærer et nytt, selvstendig lovbrudd – for eksempel at

⁹³ Treaty of the European Union.

⁹⁴ Se blant annet Lallemand-Kirche, Tixier og Piffaut (2017) s. 295.

⁹⁵ *AM & S*, C-155/79, avsnitt 23: «all written communications exchanged after the initiation of the administrative procedure under Regulation No 17 which may lead to a decision on the application of Articles 85 and 86 of the Treaty or to a decision imposing a pecuniary sanction on the undertaking.»

⁹⁶ Av samme oppfatning, se Stub (2011) s. 274.

de legger en plan for hvordan de kan skjule bevis fra Kommisjonen i senere saker – vil det kunne reises en ny administrativ prosedyre mot selskapet. I denne nye saken vil spørsmålet om advokatprivilegiet kunne komme opp på nytt, men da må kommunikasjonen vurderes konkret fordi den ble foretatt *før* den nye administrative prosedyren ble igangsatt.⁹⁷ Det er nærliggende at dette grunnen til at det ikke ble ansett som nødvendig å presisere at kommunikasjonen må være knyttet til klientens rett til forsvar.⁹⁸

Videre uttalte domstolen at det også må være mulig at advokatprivilegiet omfatter *tidligere* kommunikasjon dersom den er av relevans for den administrative prosedyren.⁹⁹ I *AM & S* var spørsmålet om dokumenter utarbeidet av en advokat hele åtte år før domstolsbehandlingen var omfattet av advokatprivilegiet.¹⁰⁰ I saken var det avgitt rettslig bistand i forbindelse med Storbritannias inntreden i Det europeiske fellesskap i 1972. Dokumentene inneholdt juridisk rådgivning om hvordan selskapet skulle håndtere konkurranserettslige problemstillinger for å sikre at virksomheten ikke handlet i strid med EFs regelverk. EU-domstolen aksepterte at dokumentene var omfattet av advokatprivilegiet på tross av hvor lang tid som hadde gått, fordi kjernen i den administrative prosedyren nettopp omhandlet selskapets atferd i 1972. Kommunikasjonen gjaldt dermed klientens rett til forsvar og advokatens plikter i den anledning.¹⁰¹

Ut ifra domstolens vurdering er det uklart hvorfor tidsspørsmålet knytter seg til domstolsbehandlingen, og ikke tidspunktet for når den administrative prosedyren ble iverksatt. Grunnen til uklarheten er at domstolen skiller mellom kommunikasjon foretatt *før* og *etter* den administrative prosedyren iverksettes under regeldanningen, mens domstolen i den konkrete vurderingen knytter spørsmålet til hvor lang tid som har gått fra

⁹⁷ Mer om hvilke implikasjoner dette vil innebære straks nedenfor.

⁹⁸ Se blant annet Schmid-Drüner (2011) s. 27, som også er av den oppfatning at kommunikasjonen i etterkant av prosedyren er igangsatt må ha tilknytning til klientens rett til forsvar for å være vernet.

⁹⁹ *AM & S*, C-155/79, avsnitt 23: «It must also be possible to extend it to earlier written communications which have a relationship to the subject-matter of that procedure.»

¹⁰⁰ *AM & S*, C-155/79, avsnitt 33.

¹⁰¹ *AM & S*, C-155/79, avsnitt 34: «In spite of the time which elapsed between the said communications and the initiation of a procedure, those circumstances are sufficient to justify considering the communications are falling within the context of the rights of the defence and the lawyer's specific duties in that connection. They must therefore be protected from disclosure.»

kommunikasjonen faktisk skjedde og frem til saken kom inn til domstolsbehandling. Rent intuitivt gir det mer mening å knytte den konkrete vurderingen til vurderingstemaet som angitt under regeldanningen. Grunnen til dette er at det er den administrative prosedyren som gjør kommunikasjonen relevant, ikke det faktum at tvisten blir behandlet i EU-domstolen. I den sammenheng er det verdt å merke at de fleste spørsmål om advokatprivilegiet løses utenfor domstolen.¹⁰² Å knytte tidsspørsmålet til når den administrative prosedyren ble iverksatt vil derfor gjøre det mye enklere for alle parter å avklare egen rettsstilling. Per nå virker det derimot som at det er tidspunktet for domsbehandling som er avgjørende.

For å oppsummere, må altså kommunikasjonen omfatte juridisk rådgivning eller bistand for at den skal omfattes av advokatprivilegiet. Hvis dette er tilfellet, er min oppfatning at det ikke stilles særlig strenge krav til hvor lang tid som har gått fra kommunikasjonen skjedde og frem til domstolsbehandling.

Spørsmålet stiller seg noe annerledes for vern av forberedende dokumenter utarbeidet av klienten, som var en av problemstillingene i *Akzo Nobel*. For at advokaten raskt skal kunne sett seg inn den rettslige posisjon selskapet befinner seg i, kan det være nødvendig for selskapet å utarbeide dokumenter med detaljert oversikt over ulike risikoområder. Dersom Kommisjonen får tilgang til disse dokumentene, kan det utgjøre et brudd på selskapets rett til forsvar.¹⁰³ Av den grunn fastslo Underretten at slike forberedende dokumenter omfattes av advokatprivilegiet dersom de er utarbeidet *utelukkende* («exclusively») for å få rettslig bistand i forbindelse med deres forsvar.¹⁰⁴ I slike situasjoner skjerpes beviskravet ved at det må være *helt klart* («unambiguously clear») at dokumentet inneholder verneverdig informasjon.¹⁰⁵

¹⁰² Ettersom det kun er to saker som er blitt behandlet i EU-domstolen, er dette neppe en kontroversiell påstand.

¹⁰³ *Akzo Nobel*, T-125/03, avsnitt 122.

¹⁰⁴ *Akzo Nobel*, T-125/03, avsnitt 123: «Accordingly, the Court concludes that such preparatory documents, even if they were not exchanged with a lawyer or were not created for the purpose of being sent physically to a lawyer, may none less be covered by LPP, provided that they were drawn **exclusively** for the purpose of **seeking legal advice** from a lawyer in **exercise of the rights of defence**.» (Mine uthevinger.)

¹⁰⁵ *Akzo Nobel*, T-125/03, avsnitt 124: «It is for the undertaking relying on this protection to prove that the documents in question were drawn up with the sole aim of seeking legal advice from a lawyer. This should be **unambiguously clear** from the content of the documents themselves or the context in which those documents were prepared and found.» (Mine uthevinger.) Av samme oppfatning angående beviskravet, se Stub 2011, s. 275.

I *Akzo Nobel* kom Underretten til at enkelte forberedende dokumenter ikke var omfattet av advokatprivilegiet. Dokumentene var adressert til en i ledelsen av selskapet, og innholdet var kun blitt diskutert med en advokat for å forhøre seg om den rettslige situasjonen angående overholdelsen av konkurransereglene.¹⁰⁶ De ulike dokumentene inneholdt ingenting om selskapets behov for rettslig rådgivning. Underretten var derfor av den oppfatning at dokumentene ikke ble utarbeidet utelukkende for å søke juridisk rådgivning eller bistand i anledning selskapets rett til forsvar.¹⁰⁷

Et avsluttende spørsmål er om kommunikasjonen til og fra advokaten må skje i skriftlig form for at innholdet i den juridiske rådgivningen skal være vernet mot innsyn. I *AM & S* ble det uttalt i avsnitt 21 at «written communications» er vernet mot innsyn, uten at uttalelsen skal tolkes antitetisk av den grunn.

Underrettens avgjørelse i *Hilti mot Kommisjonen*¹⁰⁸ kan være av interesse i denne sammenheng. I saken var spørsmålet om interne notater utarbeidet av en i selskapet i etterkant av et møte med selskapets eksterne advokat, og som oppsummerte innholdet i den juridiske rådgivningen, var vernet mot innsyn. Bakgrunnen for utarbeidelsen var at advokaten kun hadde gitt sin juridiske rådgivning muntlig. For å sikre at advokatens råd ble fulgt, valgte derfor en av selskapets representanter å skrive ned advokatens juridiske resonnementer og videreformidle disse til den øvrige ledelsen i selskapet. Underretten fant at den juridiske rådgivningen utvilsomt hadde vært vernet mot innsyn dersom den hadde vært skrevet ned av advokaten selv, se dommens avsnitt 17. Videre fastslo domstolen i avsnitt 18 at vernet også måtte gjelde slike interne notater, forutsatt at notatene begrenser seg til å inneholde advokatens råd.

Samlet sett må Underrettens avgjørelse i *Hilti* forstås som at kommunikasjonsformen ikke er avgjørende for om innholdet er vernet mot innsyn. Advokatkommunikasjon er følgelig vernet uavhengig om den er nedfelt skriftlig, lagret som et lyd- eller filmopptak eller liknende, såfremt advokatkommunikasjonen har en tilstrekkelig tilknytning til den administrative

¹⁰⁶ *Akzo Nobel*, T-125/03, avsnitt 129.

¹⁰⁷ *Akzo Nobel*, T-125/03, avsnitt 130.

¹⁰⁸ *Hilti*, T-30/89.

prosedyren. En annen løsning ville etter mitt syn vært vanskelig å håndheve i praksis, fordi det kunne skapt uklare grensetilfeller.

3.3 Andre kriterium: advokaten må være «uavhengig»

3.3.1 Opphav og forankring

Det andre kriteriet EU-domstolen oppstilte i *AM & S* for at advokatkommunikasjon skal være vernet mot innsyn, er at kommunikasjonen må være fra og til en uavhengig advokat, det vil si en advokat som ikke er bundet til sin klient gjennom en ansettelsesrelasjon.¹⁰⁹

For å forstå hvorfor det er oppstilt et krav om at advokaten må være uavhengig sin klient for at kommunikasjon dem imellom skal omfattes av advokatprivilegiet, er det nødvendig å ha kjennskap til medlemslandenes ulike rettslige tradisjoner vedrørende advokatrollen, og hvordan disse ulike tradisjonene har påvirket øvrig EU-rett. I dette kapitlet skal jeg derfor først redegjøre for kriteriets opphav og forankring undersøkes (punkt 3.3.1). Deretter skal jeg redegjøre for kriteriets begrunnelse (punkt 3.3.2) og innhold (punkt 3.3.3). Avslutningsvis foretar jeg en kort oppsummering av kravets innhold (punkt 3.3.4).

Tradisjonelt har det vært et nasjonalt anliggende å bestemme hvilke krav og forventninger som stilles til advokater for at de kan drive advokatvirksomhet, og hvilke rettigheter som medfølger. Dette inkluderer blant annet hva slags utdanning advokaten må ta, om det gjelder særlige krav for å få advokatbevilling, og hva som skal til for å bli medlem i den nasjonale advokatforeningen («members of a Bar or Law Society»)¹¹⁰ I enkelte EU-medlemsstater vil ikke en person som er ansatt i et selskap som deres interne juridiske rådgiver (tilsvarende internadvokat), være kvalifisert til å være medlem i den nasjonale advokatforeningen. Begrunnelsen er at personen i slike tilfeller ikke anses tilstrekkelig uavhengig til å kunne gi objektiv, god juridisk bistand og rådgivning. Vedkommende kan derfor ikke benytte seg av advokattittelen, og har dermed ikke de rettigheter og plikter som følger med advokatrollen, herunder vern av advokatkommunikasjon mot innsyn. Rettstilstanden medlemsstatene

¹⁰⁹ *AM & S*, C-155/79, avsnitt 21: «emanate from independent lawyers, that is to say, lawyers who are not bound to the client by a relationship of employment».

¹¹⁰ Terry (2011) s. 1.

imellom er imidlertid svært uklar og varierende. I GA Juliane Kokotts begrunnelse i *Akzo Nobel*, ble det gitt et forsøk på å kategorisere de ulike reguleringene i medlemslandene.

Rettstilstanden i 2010 var noe upresist som følger: I flertallet av medlemslandene var det ikke adgang for internadvokater å være medlem i den nasjonale advokatforeningen. Dette gjaldt blant annet Bulgaria, Estland, Finland, Frankrike, Hellas, Italia, Kypros, Luxembourg, Romania, Slovakia, Slovenia, Sverige, Ungarn, Tsjekkia og Østerrike. Manglende medlemskap medførte for de fleste landene at kommunikasjon med juristen ikke omfattes av advokatprivilegiet. Hellas og Italia var her i en særstilling. I Hellas var kommunikasjonen vernet til tross for manglende medlemskap i advokatforeningen, mens det i Italia var adgang for enkelte jurister i de største foretakene å bli medlem i advokatforeningen. I Tyskland fikk internadvokater være medlem av advokatforeningen, men kommunikasjon med dem var ikke vernet av advokatprivilegiet.¹¹¹

I de øvrige landene var det mer usikkert om kommunikasjon med internadvokaten var vernet. Dette var enten fordi internadvokatens rettsstilling ikke var nærmere regulert, eller fordi det ikke var noen rettspraksis eller administrativ praksis om problemstillingen. Rettstilstanden var derfor uklar i Danmark, Belgia, Latvia, Litauen, Malta, Romania og Spania. I Irland, Nederland, Polen, Portugal og Storbritannia fremstod det derimot som sikkert at internadvokater kunne være medlem av advokatforeningen, og at kommunikasjon med vedkommende var vernet av advokatprivilegiet. Blant disse landene synes oppfatningen å være at uavhengigheten var tilstrekkelig ivaretatt ved at internadvokaten måtte overholde samme advokatetiske krav som øvrige advokater.

Med disse utgangspunktene er det enklere å forstå hvorfor EU-domstolen oppstilte et krav om uavhengighet for at advokatkommunikasjon skal vernes av advokatprivilegiet.

Det er imidlertid ikke bare ved vern av advokatkommunikasjon det er oppstilt et krav om at advokaten må være tilstrekkelig uavhengig sin klient. I avsnitt 24 i *AM & S* viste domstolen til artikkel 17 (nå artikkel 19) i EU-domstolens statutter. Artikkelen gir anvisning på hvilke krav som stilles til advokater for at de kan prosedere for EU-domstolen.

¹¹¹ GA Kokotts innstilling i *Akzo Nobel* [GC], C-550/07 P, s. 8335–8336 i fotnote 83–89.

Artikkel 19 første og annet ledd regulerer de ulike medlemsstatene samt institusjonene i EU og EØS sin adgang til å velge representasjon i sin sak. I korte trekk kan disse fritt velge hvem de ønsker å la seg representere av, fordi det forutsettes at disse evner å ivareta sine rettigheter på egen hånd. Det er ofte regjeringsadvokaten, altså statens egen internadvokat, som representerer medlemslandet. Institusjonene og medlemsstatene omtales derfor hyppig som *de privilegerte parter*.¹¹² Øvrige rettssubjekter har ikke en tilsvarende valgfrihet, ved at de *må bli representert* av en *advokat*, jf. tredje ledd. Rettspraksis har fastslått at disse partene kun kan bli representert av en advokat som er tilstrekkelig uavhengig sin klient.¹¹³

Denne henvisningen til prosedyrereglene gir anvisning på at det stilles tilsvarende krav til advokatrollen og advokatens tilknytning til sin klient uavhengig av om problemstillingen gjelder advokatprivilegiet eller om advokaten kan representere klienten i EU-domstolen. Det er antagelig også forklaringen på at rettspraksis om prosedyrereglene i stor utstrekning henviser til *AM & S* og *Akzo Nobel* i sine avgjørelser når domstolen vurderer om en advokat er tilstrekkelig uavhengig til å representere klienten.

En ytterligere kobling mellom advokatprivilegiet og prosedyrkompetansen fremgår av artikkel 19 femte avsnitt i statuttene, hvor det er fastslått at den prosederende advokaten får de rettigheter som er opplistet i Rules of Procedure (EU-domstolens vedtekter). En av disse rettighetene er at «any papers and documents relating to proceedings shall be exempt from both search and seizure», jf. artikkel 43 nr. 2 bokstav (a), altså en form for *rettstvistprivilegium* («litigation privilege»). Hvorvidt denne rettigheten er mer omfattende enn det som følger av advokatprivilegiet, er uvisst. At rettigheten gjelder ethvert relevant dokument, tilsier at den er relativt vidtrekkende. For å redusere denne uklare rettstilstanden, bør det ikke stilles strengere krav til advokatens uavhengighet i saker om advokatprivilegiet enn i saker om prosederingskompetanse. Følgende *eksempel* illustrerer dette godt:

En ansatt advokat er – som vi har sett – ikke vernet av advokatprivilegiet, fordi vedkommende ikke i tilstrekkelig grad er uavhengig sin klient. La oss si at den samme internadvokaten får adgang til å representere sin klient for EU-domstolen. Det vil medføre at kommunikasjon om saken med advokaten er vernet mot dokumentbeslag på bakgrunn av rettstvistprivilegiet.

¹¹² Se for eksempel GA Bobeks innstilling i *Uniwersytet Wroclawski*, C-515/17 P, avsnitt 95.

¹¹³ Se blant annet *EREF v Commission* [C3], C-74/10 P, avsnitt. 52–54.

Spørsmålet som da oppstår, er hvor langt dette beslagsforbudet rekker. Hvis beslagsforbudet omfatter all relevant dokumentasjon utarbeidet før rettergangsprosedyren, vil det medføre et ulikt vern avhengig av om saken kommer inn for domstolen eller ikke. Dette kan være aktuelt i saker der EU-kommisjonen gjennomfører en etterforskning som leder til en forvaltningssanksjon. Dersom saken mot Kommisjonen aldri kommer inn for domstolen, vil Kommisjonen kunne ta beslag i all kommunikasjon mellom selskapet og internadvokaten. Hvis saken derimot skal behandles for domstolen av den samme internadvokaten, vil den samme advokatkommunikasjonen være fritatt fra beslag. Kommisjonens adgang til å ta beslag i relevant bevis vil derfor avhenge av om selskapet anlegger saken for EU-domstolen eller ikke.

Eksempelet viser at det vil skape uheldige ringvirkninger dersom det i saker om prosedyrekompetanse stilles lempeligere krav til uavhengighet enn i saker om advokatprivilegiet. Dersom det hadde vært motsatt – at advokatkorrespondansen var omfattet av advokatprivilegiet, men at advokaten likevel ikke kunne prosedere for EU-domstolen – ville det naturlig nok ikke vært særlig problematisk. I et slikt tilfelle står klienten fritt til å engasjere en annen advokat for å prosedere saken på sine vegne, samtidig som korrespondansen med den tidligere advokaten er vernet fra innsyn og beslag i medhold av advokatprivilegiet.

Rettspraksis om prosedyrereglene kan derfor gi veiledning når det tas stilling til om en advokat er tilstrekkelig uavhengig sin klient for at kommunikasjonen dem imellom omfattes av advokatprivilegiet.

3.3.2 Begrunnelse

Ovenfor i punkt 3.3.1 ble det undersøkt hvilket opphav og forankring uavhengighetskriteriet har i EU. I dette punktet rettes fokus mot kriteriets begrunnelse. I *AM & S* uttalte domstolen følgende:

«the requirement as to the position and status as an independent lawyer [...] is based on a conception of the lawyer's role as collaborating in the administration of justice by the courts

and as being required to provide, **in full independence**, and in the overriding interests of that cause, such legal assistance as the client needs.» (Mine uthevinger.)¹¹⁴

Begrunnelsen gir føringer for advokatens to hovedoppgaver i prioritert rekkefølge. Først og fremst anses advokaten som en tjener av rettsstaten. I andre rekke kommer advokatens forpliktelser overfor klienten, som er å gi uavhengig juridisk bistand og rådgivning. En tilsvarende oppfatning av advokatens hovedoppgaver og deres innbyrdes prioritet ble bekreftet i *Akzo Nobel*,¹¹⁵ og har for øvrig kommet til uttrykk i nesten samtlige av dommene som omhandler prosederingskompetanse frem til *Uniuersytet Wroclawski v REA* ble avsagt den 4. februar 2020.¹¹⁶

I *Uniuersytet Wroclawski* ga imidlertid EU-domstolen nye føringer for advokatens prioriteringsrekkefølge:

«it should be emphasised that, while the task of representation by a lawyer referred to in the third and fourth paragraphs of Article 19 of the Statute must be carried out in the interests of the sound administration of justice, the objective of that task is, **above all**, as was also noted by the Advocate General in point 104 of his Opinion, to protect and defend the principal's interests to the greatest possible extent, acting **in full independence** and in line with the law and professional rules and codes of conduct.» (Mine uthevinger.)¹¹⁷

Rent intuitivt kan det virke som at rekkevidden av uavhengighetskriteriet forblir det samme, fordi det både i *AM & S* med etterfølgende rettspraksis og i *Uniuersytet Wroclawski* ble uttalt at advokaten må opptre *i full uavhengighet* («in full independence», se uthevingene ovenfor). Uttalelsen kan imidlertid ikke tolkes bokstavelig, men må forstås i lys av sin kontekst. Årsaken er at det er en praktisk umulighet for enhver advokat å evne å opptre i full uavhengighet overfor sin klient. Så lenge klienten er oppdragsgiver og advokaten kompenseres gjennom et vederlag, vil advokaten neppe være upåvirket av klientens

¹¹⁴ *AM & S*, C-155/79, avsnitt 24.

¹¹⁵ *Akzo Nobel*, C-550/07 P, avsnitt 42.

¹¹⁶ *Uniuersytet Wroclawski* [GC], C-515/17 P.

¹¹⁷ *Uniuersytet Wroclawski* [GC], C-515/17 P, avsnitt 62.

innflytelse. At advokaten må opptre i full uavhengighet må derfor heller forstås som et ideal – ikke som et krav advokaten må innfri.

Valget til EU-domstolen om å endre advokatens prioriteringsrekkefølge baserte seg i høy grad på innstillingen som GA Bobek avga i forbindelse med saken. Det er derfor av særlig interesse å undersøke denne nærmere.

Generaladvokaten mente at advokatens hovedoppgave ved juridisk representasjon er å forsvare advokatens interesser, samtidig som advokaten holder seg innenfor det rettslige og etiske rammeverket: «Thus, the purpose of legal representation is to ensure that applicants' interests are pursued to the greatest possible extent, thereby enabling applicants to exercise their right to an effective judicial remedy.»¹¹⁸

GA Bobek stilte seg kritisk til den allmenne oppfatningen i EU-retten om at advokatens hovedoppgave er å opptre «in the overriding interests of justice» – slik både rettspraksis om advokatprivilegiet og prosederingskompetanse hadde lagt til grunn. Han mente at domstolens tidligere oppfatning ikke har rot i virkeligheten, men heller statuerte et ideal domstolen ønsket at advokaten bør søke å oppnå.

«Although one cannot but wish for lawyers to be romantic, selfless heroes who pursue the higher interests of justice, if need be against the wishes of their clients as well as the rest of the world, the reality is that legal representation is primarily a service. The provision of that regulated service must indeed comply with a number of conditions and standards, but that service is not rendered primarily in the overriding interests of justice, but in the interests of a particular client.»¹¹⁹

GA Bobek begrunnet sin oppfatning av advokatrollen i komparativ empiri, som bekreftet to forhold. *For det første* kan veldig mange ulike omstendigheter medføre at forholdet mellom advokaten og klienten kan anses problematisk. På et overordnet nivå er det mulig å kategorisere disse omstendighetene inn i to typetilfeller: Eksterne aktører som forsøker å påvirke utførelsen av den rettslige representasjonen, og klientens interne påvirkning som kan

¹¹⁸ GA Bobeks innstilling i *Uniwersytet Wroclawski*, C-515/17 P, avsnitt 104.

¹¹⁹ GA Bobeks innstilling i *Uniwersytet Wroclawski*, C-515/17 P, avsnitt 107–108

medføre en interessekonflikt med advokaten. Dersom en slik ekstern eller intern konflikt oppstår, kan ikke advokaten representere klienten.

For det andre observerte GA Bobek at medlemslandenes nasjonale domstoler i svært få tilfeller hadde intervenert i advokat-klient forholdet på grunn av ekstern eller intern påvirkning. Noe av årsaken synes å være at advokaten er pålagt å vurdere sin egen uavhengighet overfor klienten og andre, i tillegg til at nasjonale regler har lagt opp til at det er tilsynsrådene – ikke domstolene – som skal undersøke og kontrollere påvirkningen.

Generaladvokaten oppsummerte funnene sine med at rettslig representasjon primært handler om et privat valg basert på kontraktsfrihet; klienten kan fritt velge sin advokat, og advokaten kan i prinsippet fritt velge sine klienter. Forholdet dem imellom er basert på tillit. Terskelen for inngrep fra en domstol må derfor være høy, og bør kun ramme de klareste tilfellene:

«Any intervention in that relationship should be founded on serious reasons which reveal a clear and imperative need to 'protect the applicant from his lawyer'. Moreover, if any problematic issues are detected, they are more properly dealt with by the respective regulatory bodies in disciplinary and other proceedings.»¹²⁰

På den bakgrunn argumenterte GA Bobek for at det er viktig med klare regler slik at klienten – og advokaten – kan ta bevisste valg om juridisk representasjon. Det skal ikke være nødvendig for disse å måtte gjennomgå omfattende og til dels kompleks juss om prosederingskompetanse *før* advokaten i det hele tatt kan begynne å se på klientens primære rettslige utfordringer.

Av den grunn senket EU-domstolen kravene for advokaters uavhengighet, i tråd med den mer realitetsorienterte fremstillingen til generaladvokaten. Etter avgjørelsen er det altså kun de klare tilfellene domstolen ikke skal akseptere:

«the lawyer's duty of independence is to be understood not as the lack of any connection whatsoever between the lawyer and his or her client, but the lack of connections which have a **manifestly detrimental effect** on his or her capacity to carry out the task of defending his or

¹²⁰ GA Bobeks innstilling i *Uniwersytet Wroclawski*, C-515/17 P, avsnitt 111.

her client while acting in that client's interests to the greatest possible extent.» (Mine uthevinger.)¹²¹

Dette har åpenbart overføringsverdi til spørsmålet om uavhengighetskriteriet i saker om advokatprivilegiet, ettersom dette også baserer seg på et relativt fritt valg mellom klienten og advokaten om valg av bistand og representasjon. Dessuten er det uheldig hvis kravet til uavhengighet er lempeligere etter prosedyrereglene enn advokatprivilegiet.¹²² En ulik terskel vil innebære en unødvendig risiko for at en i utgangspunktet utilstrekkelig uavhengig advokat, likevel kan prosedere på klientens vegne og dermed være vernet av det tilhørende rettstvistprivilegiet.

3.3.3 Innhold

Frem til nå har punkt 3.3 omhandlet uavhengighetskriteriets opphav, forankring og begrunnelse. I dette underpunktet skal den materielle rekkevidden av kriteriet analyseres. Spørsmålet i det følgende er hvor grensen går for at en advokat er tilstrekkelig uavhengig til at kommunikasjon med vedkommende er vernet mot innsyn fra Kommisjonen.

Fordi det eksisterer en rekke ulike former for advokat-klient-forhold, er det mest hensiktsmessig å foreta en vurdering av uavhengighetskriteriets innhold gjennom en analyse av typetilfeller.¹²³ I det følgende skal derfor uavhengighetskriteriet vurderes for internadvokater, konsernadvokater, advokater med eierinteresser hos klienten, direktøradvokater, advokater med styreverv hos klienten, advokater med bierverv, organisasjonsadvokater og advokater som er midlertidig utplassert hos en av sine klienter.

Jeg foretar ikke en vurdering av om den klassiske *eksternadvokaten* – det vil si en advokat som jobber i et advokatfirma – innfrir uavhengighetskriteriet. Årsaken til det er at eksternadvokaten klart nok ikke har noe ansettelsesforhold til sin klient, da forholdet kun baserer seg på en oppdragsavtale. Dette følger forutsetningsvis av avgjørelsen i *AM & S*, hvor

¹²¹ *Uniwersytet Wroclawski* [GC], C-515/17 P, avsnitt 64.

¹²² Jf. eksempelet mitt om forholdet mellom advokatprivilegiet og rettstvistprivilegiet, gjennomgått avslutningsvis i punkt 3.3.1 ovenfor.

¹²³ I *BikeWorld*, T-702/15, avsnitt 35 uttalte Underretten at uavhengighetskriteriet «must be examined on a case-by-case basis.» Vurderingen har følgelig tydelige kasuistiske trekk.

domstolen slo fast at uavhengighetskriteriet var oppfylt fordi den aktuelle advokaten jobbet i et eksternt advokatfirma.¹²⁴

Annerledes stiller det seg for *internadvokater*, som nettopp er knyttet til sin klient i kraft av et ansettelsesforhold. Problemstillingen om internadvokater er tilstrekkelig uavhengige sin klient, kom på spissen i *Akzo Nobel*. Saken gjaldt spørsmålet om to e-poster sendt mellom den daglige lederen i Akcros Chemicals Ltd (datterselskapet) og den ansvarlige koordinatoren for konkurranserett i Akzo Nobel Ltd (morselskapet), Mr. S. Selskapene anførte at kommunikasjonen var omfattet av advokatprivilegiet fordi Mr. S hadde nederlandsk advokatbevilling.

Med henvisning til *AM & S*, bekreftet EU-domstolen at advokater ansatt hos sin klient ikke oppfyller uavhengighetskriteriet på grunn av ansettelsesforholdet.¹²⁵ I sin begrunnelse presiserte EU-domstolen i avsnitt 47 til 49 at internadvokaten vanskelig kan ignorere arbeidsgiverens kommersielle interesser, at advokaten i henhold til arbeidskontrakten vil kunne bli pålagt å utføre andre arbeidsoppgaver enn de rent juridiske, og at advokatens økonomiske tilknytninger til arbeidsgiveren medfører at internadvokatens uavhengighet ikke er tilstrekkelig ivaretatt. At den aktuelle advokaten, Mr. S, var underlagt nederlandsk rett på tilsvarende måte som nederlandske eksternadvokater, var ikke nok til at EU-domstolen anså advokaten som tilstrekkelig uavhengig.

Avgjørelsen i *Akzo Nobel* har også implikasjoner for såkalte *konsernadvokater*. Med konsern menes en økonomisk enhet bestående av flere selvstendige selskaper, der ett selskap (morselskapet) har bestemmende innflytelse over de øvrige selskapene (datterselskapene).¹²⁶ Formelt er konsernadvokaten ansatt i ett av disse selvstendige selskapene. Reelt utøver advokaten gjerne advokatvirksomhet for hele konsernet, som en naturlig følge av morselskapets myndighet over datterselskapene.

I *Akzo Nobel* problematiserte ikke EU-domstolen at advokatkommunikasjonen skjedde mellom mor- og datterselskapet. Årsaken var nok at EU-konkurranseretten behandler slike

¹²⁴ *AM & S*, C-155/79, avsnitt 35.

¹²⁵ *Akzo Nobel* [GC], C-550/07 P, avsnitt 40–45.

¹²⁶ I norsk rett er mor- og datterselskaper definert i lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven) § 1-3.

selskapskonstellasjoner samlet dersom «the subsidiary has no real freedom to determine its course of action on the market, and if the agreements or practices are concerned merely with the internal allocation of tasks as between the undertakings.»¹²⁷ Følgelig er jeg av den oppfatning at det ikke er nødvendig å problematisere advokatens uavhengighet i relasjon til de øvrige selskapene i konsernet dersom selskapene utgjør én økonomisk enhet. En slik løsning har svært gode grunner for seg, fordi en annen løsning vil kunne føre til omgåelser av ansettelsesforbudet ved at selskaper oppretter datterselskaper bestående av advokater som kun bistår øvrige selskaper i konsernet.

Riktignok kan det problematiseres om løsningen vil være den samme dersom de ulike selskapene ikke utgjør en samlet økonomisk enhet, for eksempel fordi morselskapet ikke har bestemmende innflytelse over datterselskapene. Av hensyn til effektive regler mener jeg imidlertid at det spiller en minimal rolle i vurderingen av om konsernadvokater er tilstrekkelig uavhengig. Det vil kunne føre til omgåelser av ansettelsesforbudet dersom selskaper går sammen om å opprette datterselskaper bestående av advokater som skissert ovenfor. I denne sammenheng er det av relevans at Underretten i *Akzo Nobel* fastslo at bare advokater som *strukturelt, hierarkisk og funksjonelt er en tredjepart i relasjon til klienten*, er tilstrekkelig uavhengige.¹²⁸ Rettsoppfatningen ble bekreftet av EU-domstolen da saken var under behandling der, slik at momentene er relevante i vurderingen av uavhengighetskriteriet.¹²⁹ Slike konstellasjoner kan derfor etter min vurdering bare i enkelte unntakstilfeller aksepteres. Unntakstilfeller kan oppstå hvor eierposisjonen i datterselskapet utgjør en såpass marginal størrelse at det kan sammenlignes med *retainer*-avtaler med advokatfirmaer.¹³⁰ Kort fortalt går disse ut på at foretaket er forpliktet til å benytte seg av advokatfirmaet innenfor nærmere angitte rettsspørsmål, mot et på forhånd avtalt vederlag. Av den grunn vil jeg tro at slike selskapskonstellasjoner er tilnærmet ikke-eksisterende, og utgjør derfor ikke et reelt unntak.

Overført til advokatfirmaer med eksterne eiere, er min oppfatning at advokater ansatt i selskaper med eksterne eiere ikke er tilstrekkelig uavhengig til at de kan yte konfidensiell

¹²⁷ *Centrafarm BV*, C-15/74, avsnitt 41.

¹²⁸ *Akzo Nobel*, T-125/03, avsnitt 168.

¹²⁹ *Akzo Nobel* [GC], C-550/07 P, avsnitt 50.

¹³⁰ Christoforou (1985) s. 22.

rettslig bistand til en av eierne. Dette resonnementet henger naturligvis også tett sammen med problemstillingen om advokater kan ha eierinteresser i klientens selskap, se straks nedenfor. Jeg mener at de argumenter som der gjøres gjeldende, også i stor grad er av relevans for eksternt eierskap i advokatfirmaer. Eierskapsforholdet skal derfor praktiseres likt.

Utover eksternt-, intern- og konsernadvokatene, er det på bakgrunn av *AM & S* og *Akzo Nobel* begrenset hvor mye som er overførbart når det gjelder uavhengighetskriteriets rekkevidde for andre typetilfeller av advokat-klient-forhold. Riktignok fastslo Underretten som nevnt ovenfor at advokaten må være strukturelt, hierarkisk og funksjonelt uavhengig, men disse momentene er så vagt angitt at de neppe gir særlige bidrag. Av den grunn er det nødvendig å se hen til rettspraksis om hvilke advokater som kan prosedere for EU-domstolen for å fastslå de nærmere grensene, jf. EU-domstolens statutter artikkel 19 tredje ledd.¹³¹ Kort oppsummert krever prosedyrereglene at foretak må la seg representere av en uavhengig advokat som følge av EU-domstolens forbud mot å være selvprosederende.

Med utgangspunkt i prosedyrereglene, kan det først problematiseres om advokater som har *eierandeler i klientens selskap*, blant annet gjennom aktivt eierskap eller indirekte eierskap i form av fond, er tilstrekkelig uavhengig sin klient. Som følge av eierandelen kan advokaten naturlig nok ha egeninteresse i hvordan selskapet blir drevet, da det blant annet kan påvirke advokatens privatøkonomi. Spørsmålet i det følgende er om advokaten i slike tilfeller er tilstrekkelig uavhengig klienten til at kommunikasjon dem imellom omfattes av advokatprivilegiet.

Problemstillingen kom på spissen i *BikeWorld v Commission*.¹³² Her var spørsmålet om selskapet kunne bli representert av en av sine to medeiere («associates»), Mr Jovy, i EU-domstolen, jf. EU-domstolens statutt artikkel 19 tredje ledd. Selskapet anførte at Mr Jovy kunne representere dem fordi han verken hadde administrativ eller økonomisk myndighet i selskapet. Underretten var derimot av den oppfatning at Mr Jovy ikke var tilstrekkelig uavhengig selskapet til at han kunne representere dem, fordi han eide ti prosent av selskapet.

¹³¹ Se punkt 3.3.1 for advokatprivilegiets tilknytning til prosedyrereglene.

¹³² *BikeWorld*, T-702/15.

Domstolen mente derfor at han i egenskap av å være aksjonær hadde åpenbare egeninteresser i utfallet av søksmålet.¹³³ Selskapet måtte derfor la seg representere av en annen.

En annen sak om eierskap og uavhengighet, kom opp i *PJ v EUIPO*.¹³⁴ Her var spørsmålet om en advokat ansatt i advokatfirma Z, Mr S, kunne representere en av partnerne i advokatfirmaet, omtalt som 'PJ', i en sak om immaterielle rettigheter for EU-domstolen.

Advokatfirmaet og saksøkeren var rettslig sett to ulike rettssubjekter. Det medførte at Mr S ikke var å anse som internadvokaten til PJ. Saksøkeren anførte derfor at uavhengigheten til advokaten var tilstrekkelig ivaretatt, fordi spørsmål om ansettelse, oppsigelse og opprykk måtte avgjøres i samråd med den andre partneren i advokatfirmaet. PJ var derfor av den oppfatning at hans posisjon i advokatfirmaet ikke hindret Mr S i å være en uavhengig tredjepart overfor ham som klient.

Underretten var derimot av den oppfatning at kravet om enstemmighet i partnerskapet medførte at PJ hadde vesentlig innflytelse over hvordan advokatfirmaet ble driftet, herunder avgjørelser relatert til øvrige ansatte i firmaet. Selv om Mr S var underlagt advokatetiske regler som skulle sikre tilstrekkelig uavhengighet til klienten, fant ikke domstolen at uavhengigheten var tilstrekkelig sikret sammenlignet med advokater ansatt i andre advokatfirmaer.¹³⁵

På bakgrunn av Underrettens praksis, er det klart at advokatens eierinteresser er relevant i vurderingen av advokaters uavhengighet. Dersom advokatens økonomiske stilling påvirkes utover vederlaget vedkommende mottar av klienten for det konkrete advokatoppdraget, vil advokaten som utgangspunkt ikke lenger ha den uavhengighet som EU-domstolen krever.

Ikke enhver form for økonomisk påvirkning er tilstrekkelig for at advokaten ikke anses som uavhengig. Et viktig unntak må etter mitt syn være advokatens adgang til å investere i fond eller fondslignende investeringsavtaler. Med fond og fondslignende investeringsavtaler mener jeg at advokaten selv ikke har noen aktiv styring over hvilke selskaper og foretak det investeres i, typisk i form av en ekstern fondsforvalter. I slike tilfeller er advokatens

¹³³ *BikeWorld*, T-702/15, avsnitt 40.

¹³⁴ *PJ*, T-664/16. Saken ble anket den 13.03.2020, se C-529/18.

¹³⁵ *PJ*, T-664/16, avsnitt 63.

investeringer bredt fordelt mellom svært mange ulike investeringsobjekter, som kjøpes og selges uavhengig av advokatens påvirkning. Det kan vanskelig være slik at en advokat ikke anses tilstrekkelig uavhengig hvis vedkommende utfører arbeid for en klient som tilfeldigvis er i fondsporteføljen advokaten eier.

Dersom porteføljen mot formodning består av såpass få virksomheter og/eller er konstruert på en slik måte at advokaten har en aktiv påvirkningsevne over forvaltningen, mener jeg at effektivitetsbetraktningene tilsier at advokaten ikke er tilstrekkelig uavhengig. En slik løsning harmoniserer godt med resonnementene til GA Bobek sitert i punkt 3.3.2 ovenfor, som gikk ut på at det ikke skal være nødvendig med noen inngående vurdering av advokatens uavhengighet. Etter min oppfatning utgjør tvil om aktivt eierskap en så åpenbar risiko for at uavhengigheten ikke er tilstrekkelig ivaretatt, at klienten i slike tilfeller må engasjere inn en ny advokat for at kommunikasjonen skal være vernet av advokatprivilegiet.

Et annet typetilfelle, er hvor advokaten besitter *direktør- og direktørliknende stillinger*. Det reiser naturlig nok spørsmål om disse advokatene er i en slik rolle at de er tilstrekkelig uavhengig til at kommunikasjonen omfattes av advokatprivilegiet.

I *EURO-LEX v OHIM*¹³⁶ var spørsmålet om en av direktørene i foretaket kunne få adgang til å prosedere for EU-domstolen, på bakgrunn av at han kunne prosedere for nasjonale domstoler i Tyskland i kraft av sin advokatbevilling. Underretten var av den oppfatning at direktøren ikke var tilstrekkelig uavhengig, fordi han ikke kunne anses å være en tredjepart («a third party») i relasjon til foretaket.¹³⁷ I *Sulvida v Commission*¹³⁸ var spørsmålet om foretakets administrerende direktør kunne prosedere for EU-domstolen, ettersom direktøren var foretakets primære advokat. Også i denne saken var Underretten av den oppfatning at direktøren ikke oppfylte kravet om å være «a third party», med den begrunnelse at han i tillegg til å være advokat også var selskapets administrerende direktør.¹³⁹ Felles for disse sakene er at Underretten var tydelig på at det ville stride mot selvprosederingsforbudet dersom de lot de aktuelle direktørene representere selskapene sine i EU-domstolen. Påbudet

¹³⁶ *EURO-LEX*, T-79/99, avsnitt 13–14.

¹³⁷ *EURO-LEX*, T-79/99, avsnitt 29.

¹³⁸ *Sulvida*, T-184/04.

¹³⁹ *Sulvida*, T-184/04, avsnitt 10.

om bruk av eksternadvokat, skyldes den kontinentaleuropeiske rettstradisjonen om at advokaten primært anses som rettens tjener. Advokaten må av den grunn være mer uavhengig klienten enn det som tradisjonelt har vært tilfelle i engelsk-amerikansk rett, se punkt 3.3.2 ovenfor.

I *EREF v Commission*¹⁴⁰ var det også et spørsmål om en i ledelsen (direktørstilling) av selskapet kunne prosedere for EU-domstolen. Det som skiller saken fra *EURO-LEX* og *Sulvida*, var at direktøren, Ms Fouquet, hadde en delvis uavhengig stilling. Selskapet hadde ingen instruksjonsmyndighet når det kom til utførelsen av arbeidsoppgavene som prosessfullmektig for dem. Det ble derfor anført at siden direktørens rolle som prosessfullmektig for selskapet var et adskilt mandat fra hennes øvrige arbeidsoppgaver, var uavhengigheten overfor selskapet tilstrekkelig ivaretatt.¹⁴¹

EU-domstolen var av en annen oppfatning.¹⁴² I sin begrunnelse viste domstolen til selskapets vedtekter for å fastslå direktørens rolle i selskapet. Det ble blant annet vektlagt at selskapets styre kunne gi direktøren i oppgave å styre den daglige ledelsen av organisasjonen, herunder å signere på vegne av styret. I tillegg var det slik at vedtektene bestemte at det enten var styret eller direktøren, Ms. Fouquet, som kunne opptre på selskapets vegne i rettslige sammenhenger, enten som saksøker («plaintiff») eller saksøkt («defendant»). Samlet sett tilsa altså vedtektene at direktøren var gitt omfattende administrativ, finansiell og juridisk myndighet. Hun var dermed ikke ansett som en uavhengig tredjepart («independent third party»), og fikk derfor ikke adgang til å representere selskapet i EU-domstolen.

I den sammenheng er det sentralt å bemerke at domstolen ikke knytter vurderingen av uavhengighetsspørsmålet til det aktuelle advokatoppdraget direktøren har påtatt seg; det stilles ikke spørsmål om advokaten *i denne konkrete saken* er tilstrekkelig uavhengig til å representere selskapet. Vurderingen fattes på bakgrunn av omstendighetene for øvrig, hvilket etter min vurdering betyr at ingen advokater med direktør eller direktørliknende stillinger er tilstrekkelig uavhengig selskapet de jobber i. Resonnementet har klare likhetstrekk med EU-domstolens tilnærming til internadvokater – det eneste som skiller tilfellene fra hverandre er

¹⁴⁰ *EREF* [C3], C-74/10.

¹⁴¹ *EREF* [C3], C-74/10, avsnitt 25–26.

¹⁴² *EREF* [C3], C-74/10, avsnitt 49–55.

engasjementstilknytningen; internadvokater er ansatt på en arbeidskontrakt, mens direktører er tilknyttet virksomheten på bakgrunn av selskapsrettslige regler.

Et tredje typetilfelle, er advokater med *styreverv* i klientens virksomhet. Spørsmålet her er om advokaten i slike tilfeller er tilstrekkelig uavhengig selskapet eller foreningen til at kommunikasjon med vedkommende omfattes av advokatprivilegiet.

I *ClientEarth v Commission*¹⁴³ var spørsmålet om en av advokatene i forvalterskapet («trustee»), Mr Hockman, av en miljøorganisasjon («ClientEarth») kunne representere organisasjonen i EU-domstolen. Foreningen argumenterte for at Mr Hockman kunne representere dem fordi han verken var ansatt eller satt i en direktørstilling med ansvar for den daglige ledelsen. Hans rolle var ifølge foreningen å delta på to årlige møter med resten av forvalterskapet, og han fikk ingen kompensasjon for innsatsen sin. Representasjonen i saken utførte han *pro bono*. På bakgrunn av dette mente foreningen at Mr Hockman var tilstrekkelig uavhengig dem, slik at han kunne prosedere deres sak for EU-domstolen.¹⁴⁴

Underretten var av den oppfatning at fremstillingen av Mr Hockmans rolle i foreningen var ufullstendig. Det var nemlig flere forhold ved Mr Hockmans posisjon som gjorde at han hadde vidtrekkende myndighet over hvordan foreningen ble styrt, herunder særlig påvirkningskraft på den daglige lederen («chief executive officer»). Selv om det var den daglige lederen, Mr. Thornton, som skulle styre foreningens daglige drift, måtte daglig leder handle i tråd med de retningslinjer som var vedtatt av forvalterskapet. Forvalterskapet kontrollerte at retningslinjene ble tilstrekkelig fulgt ved gjennomgang av rapporter utarbeidet av den daglige ledelsen. Videre var det forvalterskapet som hadde kompetanse til å engasjere, fornye engasjementet og avslutte engasjementet til den daglige lederen. I den forlengelse presiserte Underretten at Mr Hockman kun én måned etter at han fikk i oppgave av den daglige lederen å representere foreningen, var en av flere i forvalterskapet som stemte for at

¹⁴³ *ClientEarth* [C3], C-573/11 P. Saken ble avslått av EU-domstolen som grunnløs, se avsnitt 19. I sin relativt korte vurdering stadfester domstolen at rettsoppfatningen til Underretten var korrekt på alle punkt, se avsnitt 11–13 og 16–18. Min gjengivelse av dommen baserer seg derfor på den vurderingen som ble foretatt av Underretten, se T-452/10.

¹⁴⁴ *ClientEarth*, T-452/10, avsnitt 17.

Mr Thornton fikk fornyet sitt engasjement som daglig leder.¹⁴⁵ Mr. Hockmans rolle i engasjementsfornyelsen tilsa følgelig at han hadde en betydelig påvirkning i foreningen.

På bakgrunn av den omfattende vurderingen av Mr Hockmans rolle i miljøorganisasjonen, fant domstolen at han ikke oppfylte representasjonskravet da han ikke kunne anses som «a third party» i relasjon til foreningen. Det er følgelig ikke bare ansatte eller andre som står i et økonomisk forhold til parten som nektes adgang til å prosedere på dens vegne.¹⁴⁶ I den sammenheng må relasjonen mellom klienten og advokaten ikke være av en slik økonomisk eller strukturell art at det fremstår uklart hva som er i klientens interesse, og hva som er i advokatens interesse.¹⁴⁷

EU-domstolens avgjørelse baserte seg i all hovedsak på Underrettens resonnementer.¹⁴⁸ Dette viser nok en gang at domstolen stiller temmelig strenge krav til advokatens uavhengighet. Argumentene til Underretten om at advokatens økonomiske insentiver ikke er avgjørende i uavhengighetsvurderingen, er et klart uttrykk for den strenge tilnærmingen. Det kan riktignok innvendes at styremedlemmet i saken faktisk hadde en betydelig påvirkning på foreningens virksomhet, noe som tilsier at domstolens avgjørelse er mindre overraskende sett i lys av selvprosederingsforbudet. Jeg mener på denne bakgrunn at det strider mot uavhengighetskriteriet for advokater å ha styreverv hos sin klient. Det medfører at kommunikasjon mellom slike advokater og foretak ikke er vernet mot innsyn, uavhengig av konteksten kommunikasjonen forekommer i.

Et fjerde typetilfelle er hvor *advokaten har bierverv i tilknytning til klienten*. Med bierverv menes i denne sammenheng at advokaten har en form for begrenset arbeidsrelasjon til klienten, men som ikke baserer seg på juridisk rådgivning. Spørsmålet er om en advokat som innehar et slikt bierverv er tilstrekkelig uavhengig av klienten, slik at kommunikasjonen omfattes av advokatprivilegiet.

¹⁴⁵ *ClientEarth*, T-452/10, avsnitt 21–24.

¹⁴⁶ *ClientEarth*, T-452/10, avsnitt 18.

¹⁴⁷ *ClientEarth*, T-452/10, avsnitt 20.

¹⁴⁸ *ClientEarth* [C3], C-573/11 P, avsnitt 11–13 og 16–18.

I *Uniuersytet Wroclawski v REA*¹⁴⁹ gjaldt saken et refusjonskrav universitetet var pålagt å tilbakebetale til EUs forvaltningsbyråd for forskning (REA). Universitetet motsatte seg kravet, og hyret inn Mr W¹⁵⁰ for å representere dem for EU-domstolen. Mr W var primært ansatt som advokat i et firma i samme by. I tillegg underviste han i internasjonal privatrett på universitetet. REA påstod at hans plikter til å undervise på universitetet gjorde ham uskikket til å representere dem for domstolen.

Domstolen la til grunn at saken var markant annerledes enn tidligere rettspraksis sitert ovenfor (og inntatt i sitatet nedenfor). Her var advokatens tilknytning til universitetet primært en avtale om undervisning. Han representerte dermed ikke sin klient på bakgrunn av et hierarkisk forhold:

«However, the situation at issue in the present case, in which, as can be seen from the order under appeal, the legal adviser not only was not defending the interests of the University of Wrocław in the context of a hierarchical relationship with that university, but also was simply connected to the university by a contract for the provision of lecturing services at that university, cannot be regarded as equivalent to [*EREF v Commission*, *PITEE v Commission* and *ADR Center v Commission*].»¹⁵¹

Undervisningsavtalen var altså ikke av en slik karakter at den åpenbart hadde en skadelig effekt på advokatens evne til å forsvare klientens interesser.¹⁵² Dommen i førsteinstans ble derfor opphevet, og spørsmålet om refusjonskravet fra REA ble sendt tilbake til Underretten for en ny vurdering.

Det er bemerkelsesverdig at Underretten trakk den slutning at denne advokaten ikke var tilstrekkelig uavhengig. Hvis Underrettens oppfatning hadde blitt akseptert av EU-domstolen, kunne det medført at selv den minste teoretiske risiko for påvirkning ville medført at advokaten ikke var uavhengig klienten. I ytterste konsekvens kunne en slik rettsoppfatning fått implikasjoner for den tradisjonelle eksternadvokaten når vedkommende utfører oppdrag

¹⁴⁹ *Uniuersytet Wroclawski* [GC], C-515/17 P.

¹⁵⁰ Identiteten til advokaten fremgår ikke av dommen, utover kjønn. Jeg tar meg derfor friheten til å omtale vedkommende som «Mr W».

¹⁵¹ *Uniuersytet Wroclawski* [GC], C-515/17 P, avsnitt 66.

¹⁵² *Uniuersytet Wroclawski* [GC], C-515/17 P, avsnitt 67.

for en av sine faste klienter, som følge av den tette relasjonen mellom dem som bygges over tid, og med det endre rettstilstanden i betydelig grad.

På bakgrunn av EU-domstolens avgjørelse, mener jeg det derfor må skilles mellom hvilke typer oppgaver advokaten utfører for klienten vurdert i sammenheng med hvor omfattende oppgavene er. For det første må det vurderes konkret om avtalen mellom klienten og advokaten innebærer en betydelig inntektskilde for advokaten, slik at avtalen bærer preg av å være en arbeidskontrakt. Hvis dette er tilfelle, vil advokaten aldri være tilstrekkelig uavhengig som følge av ansettelsesforbudet i *AM & S* og *Akzo Nobel*, fordi advokaten er hierarkisk underlagt klienten. For det andre må det vurderes om advokaten har egeninteresser i det aktuelle sakskomplekset. I *Uniwersytet Wroclawski* ble det vektlagt at undervisningsavtalen prinsipielt var noe annet enn klagesaken mot REA – som gjaldt tilbakebetaling av forskningsmidler. Min oppfatning er derfor at advokaten ikke hadde vært tilstrekkelig uavhengig universitetet dersom vedkommende jobbet som forsker i motsetning til underviser, og med det kunne blitt påvirket av om forskningsmidlene måtte tilbakebetales. Denne oppfattelsen samsvarer godt med hvilke krav som stilles til advokater med eierinteresser i klientens foretak, som jeg drøftet ovenfor.

Et femte typetilfelle, er om *organisasjonsadvokater* er tilstrekkelig uavhengige. Denne problemstillingen reiser to spørsmål. Først er spørsmålet om organisasjonsadvokaten er tilstrekkelig uavhengig *sin egen organisasjon* eller tilstrekkelig uavhengig en *annen tilknyttet organisasjon*. Deretter må det vurderes om organisasjonsadvokaten er tilstrekkelig uavhengig *organisasjonens medlemmer* til at kommunikasjonen mellom disse er vernet mot innsyn.

Foreløpig eksisterer det kun rettspraksis om det første spørsmålet. I EFTA-domstolens avgjørelse i *Abelia mot ESA*,¹⁵³ var spørsmålet blant annet om en av direktørene i Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) kunne representere Abelia – NHOs (lands)forening for kunnskaps- og teknologibedrifter – i en sak mot ESA om brudd på EØS-avtalens artikkel 61 (statsstøtte). Sett bort fra den rettslige usikkerheten om organisasjoner omfattes av «undertaking» i henhold til TFEU artikkel 101 og 102,¹⁵⁴ er det av interesse å vurdere

¹⁵³ Sak E-08/13, *Abelia mot ESA*.

¹⁵⁴ I praksis fra EU-domstolen virker det som at «undertaking» begrenser seg til økonomiske enheter som har som overordnet formål å tjene penger, se blant annet *Centrafarm BV*, C-15/74, sitert ovenfor. For en mer detaljert gjennomgang av hva som anses som en «undertaking», se blant annet Jones (2012) s. 301–331.

problemstillingen om advokater i en organisasjon er tilstrekkelig uavhengig sin egen, og eventuelle andre underforeninger, i samme organisasjon. Dette fordi slike spørsmål oppstår innenfor andre EU/EØS-rettslige områder, som i statsstøtte slik *Abelia*-saken illustrerer.

Reglene for hvem som kan prosedere for EFTA-domstolen følger av artikkel 17 i EFTA-domstolens statutter,¹⁵⁵ og er utformet på tilsvarende måte som prosedyrereglene for EU-domstolen. Til tross for likheten, henviser ikke EFTA-domstolen til praksis fra EU-domstolen eller Underretten i vurderingen av spørsmålet. Det er derfor bemerkelsesverdig at EFTA-domstolen likevel i vesentlig grad bygger på resonnementene til EU-domstolen og Underretten, se særlig dommens avsnitt 45 sammenlignet med EU-domstolens avgjørelse i *AM & S*,¹⁵⁶ samt dommens avsnitt 47 sammenlignet med Underrettens avgjørelse i *ClientEarth*.¹⁵⁷ Mitt inntrykk er derfor at prosedyrereglene er ment å ha identisk innhold på tvers av EU- og EFTA-pilaren, selv om EFTA-domstolen ikke eksplisitt henviste til EU-domstolen og Underretten.

EFTA-domstolen fant at NHOs direktør var tilstrekkelig uavhengig til å representere *Abelia*. Grunnen til dette var at *Abelia* ikke hadde noen administrative eller finansielle tilknytninger til advokaten, og at NHO ikke hadde noen myndighet til å instruere de underliggende landsforeningene i andre spørsmål enn i tariffsaker, hvilket saken mot ESA ikke var. EFTA-domstolen var derfor av den oppfatning at det ikke fantes noen kobling mellom advokaten og *Abelia* som skulle tilsi at advokatens uavhengighet var svekket i denne relasjonen.¹⁵⁸

Avgjørelsen harmonerer ikke særlig godt med øvrige dommer fra EU-domstolen og Underretten. Dette er fordi sakskomplekset i *Abelia* i stor grad minner om sakskomplekset i *Akzo Nobel*, hvor EU-domstolen kom til at det var underordnet at advokaten var tilknyttet et annet selskap i konsernet enn den daglige lederen han hadde hatt kontakt med. Overført til *Abelia*, er det slik at det ikke er adgang for medlemmer (virksomheter) å kun være medlem i enten NHO eller *Abelia*; medlemskap i den ene organisasjonen medfører medlemskap i den andre. Tilknytningen mellom NHO og *Abelia* fremstår derfor like sterkt som tilknytningen

¹⁵⁵ Protocol 5 to the ESA/Court Agreement on the Statute of the EFTA Court (EFTA-domstolens statutter).

¹⁵⁶ *AM & S*, C-155/79, avsnitt 24.

¹⁵⁷ *ClientEarth*, T-452/10, avsnitt 19–20.

¹⁵⁸ Sak E-08/13, *Abelia mot ESA*, avsnitt 51–53.

mellom Akzo Nobel Ltd (morselskapet) og Akcros Chemicals Ltd (datterselskapet). Etter mitt syn er EFTA-domstolens forståelse av prosedyrereglene derfor feil, og domstolen burde heller anvendt uavhengighetskriteriet slik som ved konsernadvokater som EU-domstolen gjorde i *Akzo Nobel*. Denne forståelsen av uavhengigheten innebærer at NHOs direktør ikke kunne representere Abelia. Min forståelse er i samsvar med EU-domstolens og Underrettens tilnærming til vurderingen av uavhengigheten til direktører. I disse sakene foretas vurderingen på generelt grunnlag; det er altså irrelevant om advokaten *i denne saken* ikke har noen binding til klienten, som EFTA-domstolen la vekt på i sin avgjørelse.

Derneft skal det vurderes om organisasjonsadvokater er tilstrekkelig uavhengig til at kommunikasjonen med sine *medlemmer* i konkrete saker er vernet mot innsyn.

Problemstillingen er aktuell i konkurransesaker, ved at det aktuelle foretaket kan være fristet til å benytte seg av sin fagforeningsadvokat til å forsvare seg mot konkurransemyndighetenes vedtak. Ut over konkurranseretten kan problemstillingen være relevant særlig for advokater ansatt i forsikringsselskaper som også bedriver juridisk bistand og rådgivning for en av sine forsikringstakere mot en tredjepart. Felles for fagforenings- og forsikringsadvokater er at tilknytningen til klienten springer ut av en allerede inngått medlems- eller forsikringsavtale, hvor medlemmet/forsikringstakeren (klienten) på nærmere angitte vilkår gjerne har krav på advokatbistand inntil en viss økonomisk sum eller et bestemt antall arbeidstimer.

Av de de gjennomgåtte typetilfellene, har organisasjonsadvokater antakelig mest til felles med eksterndadvokater når de utfører advokatoppdrag for en av sine medlemmer. Grunnen til det er at også eksterndadvokater i stor utstrekning praktiserer tilsvarende avtaler som det organisasjonsadvokater inngår med sine medlemmer, bare at disse omtales som såkalte *retainer*-avtaler. Avtalen går som nevnt ut på at klienten forplikter seg til å benytte seg av dette advokatfirmaet innenfor et forhåndsbestemt rettsområde, og advokaten er forpliktet til å bistå klienten når et uavklart rettsspørsmål oppstår. Riktignok kan det neppe utelukkes at avtalen mellom medlemmet og organisasjonen er utformet på en slik måte at organisasjonsadvokaten *må* benyttes. Det er nærliggende at medlemmet står fritt til å benytte seg av en annen advokat, hvilket taler tungt for at organisasjonsadvokaten er tilstrekkelig uavhengig. Av den grunn er min oppfatning at organisasjonsadvokaten på generelt grunnlag er tilstrekkelig uavhengig medlemmet til at kommunikasjon dem imellom er vernet mot innsyn.

Et sjette og siste typetilfelle, er eksternadvokater som blir *midlertidig utplassert* hos en klient. Formålet med slike utplasseringer er ofte en kombinasjon av at advokaten gjennom oppholdet vil bli bedre kjent med klientens virksomhet, og at den juridiske bistanden og rådgivningen vil fremstå mer tilgjengelig for klienten når advokaten befinner seg i umiddelbar nærhet. Spørsmålet i det følgende er om advokater, ved å bli utplassert hos en klient over en (u)bestemt periode, er tilstrekkelig uavhengig til at kommunikasjonen dem imellom omfattes av advokatprivilegiet.

Slike hospiteringsordninger kan organiseres på flere måter, for eksempel ved at advokaten arbeider én eller fem dager i uken hos klienten over de neste tre eller seks månedene. Det kan også være slik at oppholdet hos klienten ikke er endelig avgjort på avtaletidspunktet, og at utplasseringen avpasses etter hvor godt advokaten tilpasser seg klientens preferanser og behov. Gjennom hele oppholdet er imidlertid advokaten fremdeles formelt ansatt i et annet advokatforetak, advokatfelleskap eller som selvstendig næringsdrivende. Klienten har derfor ikke arbeidsgiveransvar eller liknende overfor advokaten. Det er den formelle ansettelsen som skiller advokatvirksomheten fra en internadvokat, slik at forbudet om ansettelsesrelasjon fra *AM & S* ikke får direkte anvendelse.

En liknende praksis var ifølge Christoforou svært vanlig allerede på 1980-tallet da *AM & S* ble avgjort.¹⁵⁹ I England er det vanlig at advokater inngår en såkalt *retainer* med en klient, som innebærer at advokaten skal representere klienten mot en allerede avtalt kompensasjon i en nærmere angitt type rettstvist. I Frankrike er det praksis for en ordning omtalt som *contrat d'abonnement*, som er en form for midlertidig avtale om juridisk bistand over en nærmere angitt periode. Fordi denne praksisen var utbredt blant samtlige medlemsland da *AM & S* ble avgjort, mener Christoforou at uavhengighetskriteriet ikke var ment å ramme slike hospiteringsavtaler. Han påpeker imidlertid at EU-domstolen var klar over problematikken, og at de derfor heller burde oppstilt et krav om at advokaten ikke kan representere en klient som er tilknyttet advokaten gjennom en «contract of full employment» eller «a lawyer in a permanent contractual relationship».

Spørsmålet om midlertidige utplasserte advokater og uavhengighetskriteriet kom opp for EFTA-domstolen i den ovenfor nevnte *Abelia*-saken. I denne saken var det også et spørsmål

¹⁵⁹ Christoforou (1985) s. 22.

om en utlånt advokat fra Arntzen de Besche til NHO i perioden 2. april 2013 til 31. januar 2014, med mulighet for forlengelse, var tilstrekkelig uavhengig til å representere Abelia. EFTA-domstolen fastslo at siden advokaten fremdeles var ansatt i advokatfirmaet og fikk utbetalt sin lønn direkte av dem og ikke NHO, var hun tilstrekkelig uavhengig. Det spilte ingen rolle at advokaten oppholdt seg hos NHO i hele låneperioden, ei heller at advokatfirmaet ikke hadde instruksjonsmyndighet over eller førte kontroll med hennes faglige utførelse av arbeidet.¹⁶⁰

Avgjørelsen til EFTA-domstolen kan etter mitt syn nyanseres. Slike hospiteringsavtaler kan nemlig være inngått med eksternadvokater som ønsker å bli ansatt hos klienten på et senere tidspunkt. Det kan derfor være problematisk om advokatens inntektsgrunnlag under låneoppholdet baserer seg på klientens økonomiske resultater, som så gir utslag i for eksempel bonusutbetalinger til advokaten. I disse tilfellene vil advokaten ha insentiver til å utvise høyere grad av lojalitet overfor klienten enn det som er akseptabelt innenfor uavhengighetskriteriets rammer. Midlertidige utplasseringer har dermed visse likhetstrekk med internadvokater og advokater med eierinteresser, som nettopp ikke oppfyller uavhengighetskriteriet. Min oppfatning er derfor at dersom klienten tilbyr den utlånte advokaten fast ansettelse om advokaten tilpasser seg klientens ønsker og behov, eller advokatens lønnsfastsettelse beregnes på grunnlag av foretakets økonomiske utsikter, vil ikke den utlånte advokaten være tilstrekkelig uavhengig.

Hvorvidt advokaten er tilstrekkelig uavhengig, kan naturligvis også vurderes på grunnlag av omfanget og varigheten av det midlertidige oppholdet. I denne vurderingen må det ses hen til hvilket forhold alminnelige eksternadvokater har til sine klienter. I perioder vil eksternadvokaten jobbe utelukkende for én av sine klienter, uten at jeg av den grunn anser det som problematisk i lys av uavhengighetskriteriet. Det er derfor ikke slik at et opphold på noen ukers varighet medfører at den utlånte advokaten av den grunn ikke er tilstrekkelig uavhengig. Problemstillingen oppstår først når advokaten har vært utplassert over lengre perioder, fortrinnsvis over flere måneder, eller i tilfeller hvor det ikke er avtalt hvor lenge advokaten skal forbli utlånt. I *Abelia* aksepterte EFTA-domstolen som nevnt en hospiteringsavtale på omtrent ti måneder med mulighet for forlengelse. Avgjørelsen problematiserer imidlertid ikke lengden på låneoppholdet.

¹⁶⁰ Sak E-08/13, *Abelia mot ESA*, avsnitt 54–57.

Etter mitt syn gjelder det en øvre grense for hvor lenge en advokat kan være utlånt til en klient. Grunnen til det er at låneavtalen ellers ville blitt benyttet som en omgåelse av uavhengighetskriteriets implikasjoner for internadvokater. Dette underbygges blant annet av at Underretten i *Akzo Nobel* oppstilte momentene om at advokaten må være strukturelt, hierarkisk og funksjonelt uavhengig klienten. Domstolen ga følgelig uttrykk for at det ikke er tilstrekkelig å vurdere uavhengighetskriteriet utelukkende basert på ansettelsesrelasjonen.¹⁶¹

Hvordan den øvre grensen skal trekkes er derimot mer krevende. Min forståelse er at grensen ikke påvirkes av hvilken stilling advokaten har hos klienten. Dette følger av at EU-domstolen ikke sonderer mellom ulike internadvokater, samt at direktører ikke anses tilstrekkelig uavhengige. En naturlig konsekvens er derfor at det heller ikke er relevant å skille mellom hva slags type arbeidsoppgaver advokaten utfører for klienten. På den bakgrunn mener jeg at det er beregning av lønn som er avgjørende for hvorvidt advokaten er tilstrekkelig uavhengig. Det samsvarer godt med EFTA-domstolens og EU-domstolens resonneringer, sitert ovenfor om henholdsvis midlertidige utplasserte advokater og internadvokater sin økonomiske relasjon til sin klient og arbeidsgiver.

Hvis lønnen forhandles kollektivt i advokatfirmaet advokaten får utbetalt lønn av, har det ingen innvirkning på uavhengigheten i relasjon til klienten vedkommende er utplassert hos. Annerledes stiller det seg dersom lønnen forhandles individuelt. Grunnen er at selskapet betaler en nærmere angitt sum til advokatfirmaet for den utlånte advokatens tjenester. Advokatfirmaet vil neppe gi en lønnsvekst til advokaten som overstiger hva firmaet får utbetalt av selskapet. Av den grunn må det rettferdiggjøres overfor selskapet at det skal betale mer til advokatfirmaet som kompensasjon for utplasseringen enn det selskapet foreløpig gjør. I en slik situasjon nærmer man seg veldig et arbeidsforhold på lik linje med internadvokater. Forskjellen er at det ved midlertidig utplassering naturligvis er en part til som inngår i lønnsforhandlingene – selskapet advokaten hospiterer hos. Jeg mener derfor at slike individuelle lønnsforhandlinger medfører at advokaten ikke lenger er tilstrekkelig uavhengig selskapet vedkommende er utplassert hos. I de fleste arbeidsforhold justeres lønnen én gang i året, og utgjør dermed et naturlig utgangspunkt for hvor lenge en slik midlertidig utplassering kan vare.

¹⁶¹ Som nevnt ovenfor, aksepterte EU-domstolen disse momentene.

3.3.4 Oppsummering

Å vurdere advokaters uavhengighet utelukkende basert på *AM & S* og *Akzo Nobel* gir ikke et fullstendig bilde av EU-domstolens, Underrettens og EFTA-domstolens rettspraksis om uavhengighetskriteriet. Det er nødvendig å se hen til rettspraksis angående prosedyrekompetanse for å vurdere om advokaten har tilstrekkelig avstand til klienten for at kommunikasjon dem imellom er vernet mot innsyn.

Frem til *Uniwersytet Wroclawski v REA* var det tilstrekkelig at det forelå *en mulig* risiko for at klientforholdet påvirket advokaten slik at uavhengigheten ikke var tilstrekkelig ivaretatt. Etter dommen er terskelen hevet noe. Det kreves nå en mer *konkret, åpenbar risiko* for at advokaten strukturelt, hierarkisk eller funksjonelt påvirkes av klienten i sin juridiske bistand og rådgivning for at advokaten ikke anses tilstrekkelig uavhengig. I den sammenheng synes skillet mellom fast og midlertidig tilknytning mellom advokaten og klienten som mest relevant i vurderingen.

Uavhengighetskriteriet kan oppsummeres som et strengt *føre-var-kriterium*, fordi det ikke stilles krav om at advokatens uavhengighet faktisk er påvirket av klientforholdet.

3.4. Tredje kriterium: advokatens nasjonale tilhørighet (bevilling)

Det tredje kriteriet som ble oppstilt i *AM & S* for at advokatkommunikasjon skal være omfattet av advokatprivilegiet, er at advokaten må være «entitled to practice his profession in one of the Member States», se dommens avsnitt 25. Dette medfører naturlig nok at kommunikasjon med advokater uten bevilling eller tilsvarende i et EU-land i utgangspunktet ikke er vernet mot innsyn.

For EFTA-statene ble det gjort et unntak fra denne begrensningen da EØS-avtalen ble inngått. I EØS-avtalens sluttakt erklærte Det europeiske fellesskap at advokater fra EFTA-statene skal sikres de samme rettigheter med hensyn til juridiske privilegier («legal privilege») i henhold til fellesskapsretten som advokater fra EF-landene. Advokater fra EFTA-statene har følgelig samme vern av advokatkommunikasjon som advokater fra EU-landene i saker som omhandler EØS-rettslige spørsmål.¹⁶² Erklæringen sikrer dermed homogenitet mellom EU- og EØS-

¹⁶² Av samme oppfatning, se Wils (2018) s. 15.

retten, i tråd med EØS-avtalens overordnende målsetting om å integrere EFTA-statene i EUs indre marked, jf. EØS-avtalen artikkel 1 nr. 1.

En nærmere gjennomgang av hvorfor EU/EØS-retten bare verner kommunikasjon med advokater som har bevilling eller tilsvarende i et EU/EØS-land, behandles først i punkt 5.4.4 nedenfor.

4. Prosessuelle skranker for konkurransemyndighetenes etterforskningskompetanse

4.1 Innledende betraktninger

I EU/EØS-retten begrunnes konkurransereglene ut fra sin funksjon om å sikre at de ulike siktemålene i traktatene ivaretas på en effektiv måte. I den forlengelse bidrar konkurransereglene til å opprettholde det interne markedet med fri bevegelse av varer, personer, tjenester og kapital.¹⁶³ Konkurransereglene bidrar dermed også til å sikre EUs økonomiske evne og posisjon i verdensøkonomien.¹⁶⁴ Den norske begrunnelsen har klare likhetstrekk, ved at det er fastslått i konkurranselovens formålsbestemmelse at konkurranseloven skal «fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser», jf. lovens § 1 første ledd.

For at formålene skal kunne realiseres, er det både etter EU/EØS-konkurranseretten og nasjonal konkurranserett oppstilt to atferdsbegrensninger. Disse er forbudene mot konkurransebegrensende samarbeid og utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. I EU reguleres forbudene av TFEU artikkel 101 og 102, i EØS av EØS-avtalens artikkel 53 og 54, og i nasjonal konkurranserett av krrl. §§ 10 og 11.

Å vurdere om det forekommer konkurransebegrensende atferd på markedet er en umulig oppgave for konkurransemyndighetene uten en relativt vid tilgang til å innhente opplysninger. Siktemålet med dette kapitlet er å redegjøre for de ulike konkurransemyndighetenes etterforskningskompetanse. Dette er viktig for å avklare hvilken konkurransemyndighet som kan kreve innsyn, for å forstå hva slags type informasjon myndighetene kan kreve tilgang til, og begrunnelsen for at advokatkommunikasjon er vernet mot innsyn.

I dette kapitlet skal jeg derfor behandle opplysningsplikten (punkt 4.2), bevissikringsadgangen (punkt 4.3), ansvarsfordelingen (punkt 4.4) og informasjonsutveksling mellom de ulike konkurransemyndighetene (punkt 4.5). Gjennomgående vil Kommisjonens

¹⁶³ Vaughan, Lee, Kennelly & Riches (2006) s. 1.

¹⁶⁴ Vaughan, Lee, Kennelly & Riches (2006) s. 10.

kompetanse vurderes først, deretter ESAs kompetanse og avslutningsvis Konkurransetilsynets kompetanse.

4.2 Opplysningsplikten

Konkurransemyndighetene får tilgang til informasjon på to måter: Gjennom opplysningsplikten og ved bevissikring. I dette punktet er fokus på opplysningsplikten. Spørsmålet i det følgende er *når* opplysningsplikten oppstår, og hva slags *type* opplysninger som omfattes.

Opplysningsplikten overfor EU-Kommisjonen er hjemlet i forordning 1/2003 artikkel 18. ESAs kompetanse til å kreve opplysninger følger av artikkel 18 i Protokoll 4 kapittel II til Avtale mellom EFTA-statens om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (heretter omtalt som ODA protokoll 4 kapittel II). ODA protokoll 4 kapittel II er utformet for å samsvare med forordning 1/2003, og det antas at innholdet i de ulike regelverkene speiler hverandre.¹⁶⁵ I denne avhandlingen vil det derfor tas utgangspunkt i forordning 1/2003 (heretter omtalt som forordning 1) ved klarleggingen av både Kommisjonens og ESAs kompetanse, med mindre noe annet følger av sammenhengen.

Forordning 1 artikkel 18 skiller mellom *begjæring* om opplysninger og *krav* om opplysninger. Valg av fremgangsmåte avhenger av om myndighetene foretar henholdsvis en generell undersøkelse eller en konkret etterforskning. Det oppstilles ingen plikt til å overlevere opplysninger til Kommisjonen og ESA. Artikkel 18 gir imidlertid grunnlag for å bøtelegge foretakene i medhold av artikkel 23 nr. 1 bokstav (a) og (b) dersom de oppgir mangelfulle eller uriktige opplysninger. Disse gebyrene kan potensielt være opptil 1 prosent av selskapets omsetning, og utgjør derfor et betydelig pressmiddel for å få tilgang til ønsket informasjon, jf. artikkel 23 nr. 1.

Det er ikke fastsatt i artikkel 18 at Kommisjonen og ESA ikke har adgang til å kreve å få utlevert advokatkommunikasjon. Ut fra en isolert tolkning av bestemmelsen vil derfor myndighetene kunne be om og kreve slik informasjon. Foreløpig har ikke EU- eller EFTA-domstolen tatt stilling til om opplysningsplikten overfor Kommisjonen eller ESA må vike for advokatprivilegiet. Som jeg kommer tilbake til i punkt 4.3, vil privilegiet antagelig ha det

¹⁶⁵ Se blant annet Graver og Hjelmeng (2006) s. 15.

samme vernet i saker om opplysningsplikt som ved bevissikring. Uavhengig av EU- og EFTA-domstolens manglende avklaring, vil en plikt til å opplyse om innhold i advokatkommunikasjon som omfattes av advokatprivilegiet uansett utgjøre en krenkelse av EMK artikkel 6 og/eller 8, se redegjørelsen av *Michaud mot Frankrike* i punkt 2.3 og 2.4 ovenfor.

Ved norske konkurransemyndigheters *håndheving* av EØS-avtalen artikkel 53 og 54, gjelder konkurranseloven § 24, jf. EØS-konkurranseloven¹⁶⁶ § 6 første ledd.¹⁶⁷ Det medfører at opplysningsplikten overfor norske konkurransemyndigheter i utgangspunktet er den samme uavhengig av om de håndhever nasjonale konkurranseregler eller EØS-konkurransereglene.¹⁶⁸

Spørsmålet stiller seg derimot annerledes i tilfeller der norske konkurransemyndigheter kun *bistår* EØS-konkurransemyndighetene, altså i tilfeller hvor det er ESA eller Kommisjonen som formelt har ansvar for saksbehandlingen. Opplysningsplikten overfor tilsynet når de bistår ESA eller Kommisjonen er ikke regulert i forordning 1. I EØS-krll. § 2 første og annet ledd er det fastsatt at:

«[e]nhver plikter uten hinder av taushetsplikt å gi EFTAs overvåkningsorgan og EFTA-domstolen de opplysninger organene kan kreve i henhold til EØS-avtalen, [ODA] eller forskrifter gitt i medhold av [EØS-krll.] § 5. [...] Konkurransetilsynet kan etter anmodning fra EFTAs overvåkningsorgan kreve tilsvarende opplysninger.»

Ved bistand til Kommisjonen og ESA er det altså det EU-rettslige advokatprivilegiet som gjelder, ikke det norske bevisforbudet. EØS-konkurranseloven synes å oppstille et annet vern av advokatkommunikasjon når Konkurransetilsynet *kun* bistår EØS-konkurransemyndighetene sammenlignet med når Konkurransetilsynet håndhever EØS-avtalens artikkel 53 og 54. Denne ulikheten kan sette begrensninger på nasjonale konkurransemyndigheters villighet til å bistå Kommisjonen og ESA med deres etterforskning og håndheving. Dette vil undersøkes nærmere i punkt 6.2 og 6.3 nedenfor.

¹⁶⁶ Lov 5. mars 2004 nr. 11 om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv.

¹⁶⁷ Norske konkurransemyndigheters adgang til å håndheve EØS-avtalens artikkel 53 og 54 begrenses av ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 3, se punkt 6.2.2 nedenfor.

¹⁶⁸ I kapittel 5 og 6 utfordrer jeg dette utgangspunktet.

Opplysningsplikten for norske konkurransemyndigheter er i nasjonal konkurranserett regulert i krrl. § 24. For at konkurransemyndigheten skal kunne utføre sine gjøremål, er «enhver» pålagt å gi opplysninger *når* konkurransemyndighetene «krever» det. Plikten er følgelig generell og vidtrekkende, ved at den kan anvendes i konkrete saker knyttet til kontroll med forbudsbestemmelsene, og som del av de videre reguleringsoppgavene konkurransemyndighetene har.¹⁶⁹ I forarbeidene til bestemmelsen er det presisert at plikten omfatter alle individer og juridiske personer, uavhengig av om de er parter i en pågående sak.¹⁷⁰ Dersom personen eller selskapets opplysninger er mangelfulle eller uriktige, har Konkurransetilsynet en vid adgang til å ilegge løpende tvangsmulkt frem til ønsket informasjon er innhentet, jf. krrl. § 28. Nærmere regler om opplysningsplikten følger av forskrift om opplysningsplikt og bevissikring (FOR-2013-12-11-1491).

Hvorvidt konkurransemyndighetene faktisk krever opplysninger, beror naturligvis på informasjonsbehovet i hver enkelt sak. De vanlige prinsipper om misbruk av forvaltningsmyndighet setter imidlertid visse begrensninger.¹⁷¹ En nærmere undersøkelse av hvilken begrensning disse prinsippene utgjør, faller utenfor rammen av denne fremstillingen.

Ordlyden i § 24 gir ingen klare svar på hvilke *typer* opplysninger som omfattes av opplysningsplikten. I forarbeidene er innholdet i opplysningsplikten avgrenset negativt, ved at det er presisert at myndighetenes kompetanse er begrenset av foretakenes kontradiktoriske rettigheter etter EØS-retten og EMK. I den forlengelse kan myndighetene ikke kreve opplysninger dersom det vil krenke vedkommendes vern mot selvinkriminering, se punkt 2.4.¹⁷² Opplysningsplikten må også stå tilbake for såkalt «kvalifisert lovbestemt taushetsplikt» som påhviler den kravet er rettet mot, herunder advokatkorrespondanse (kvalifisert

¹⁶⁹ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 236.

¹⁷⁰ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 235.

¹⁷¹ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 236.

¹⁷² Kommisjonen og ESA er også begrenset av selvinkrimineringsvernet, se særlig omtalen av *Orkem*, C-374/87, i punkt 2.4 ovenfor.

lovbestemt taushetsplikt er et synonym for den sterke taushetsplikten, også omtalt som advokatprivilegiet).¹⁷³

4.3 Bevissikringsadgangen

Dersom foretaket motsetter seg opplysningsplikten overfor konkurransemyndighetene, eller konkurransemyndighetene anser at det foreligger risiko for at en eventuell påleggelse av opplysningsplikt medfører at sentrale bevis går tapt, kan det være aktuelt for myndighetene å foreta bevissikring. Det innebærer som oftest at konkurransemyndighetene møter opp hos ett eller flere foretak og tar beslag i ulike typer bevis som er relevant for etterforskningen. I dette punktet skal de ulike konkurransemyndigheters kompetanse til å foreta bevissikring undersøkes.

For EØS-konkurransemyndighetene er kompetansen til å foreta bevissikring regulert i forordning 1 artikkel 20.¹⁷⁴ For å kunne utføre sine plikter etter forordningens øvrige bestemmelser, kan Kommisjonen og ESA foreta «alle nødvendige kontroller» av rettssubjektet eller andre som står i et forhold til rettssubjektet («may conduct all necessary inspections of undertakings and associations of undertakings»), jf. nr. 1. Kommisjonen og ESAs kontrollgjennomføring er ikke betinget av et krav om sannsynlighetsovervekt for brudd på konkurransereglene hos foretakene.

Kommisjonens og ESAs representanter er kompetent til å foreta en omfattende kontroll i henhold til nr. 2 bokstav (a) til (e). Dette innebærer blant annet adgang til lokaler, rett til å undersøke bøker og andre informasjonsbærere uavhengig av medium, samt ta beslag i kopier av slike bøker og informasjonsbærere. Kontrolladgangen andre steder hvor det kan være bevis av betydning for saken, som i hjemmet til direktører, styremedlemmer og øvrige ansatte i et foretak, er regulert i artikkel 21.

Som nevnt i punkt 3.1 ovenfor, var det ikke gjort noe uttrykkelig forbud mot å kreve innsyn i advokatkommunikasjon i forordning 17 artikkel 14. Forordning 1 artikkel 20 har heller ikke inntatt et forbud mot innsyn. Det er likevel helt klart at advokatkommunikasjon som

¹⁷³ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 236. I forarbeidene er det presisert at den lovbestemte taushetsplikten har sitt grunnlag i prosessreglene, nærmere bestemt tvistemålsloven 205, jf. § 250 første ledd (nå tvisteloven § 22-5) og straffeprosessloven § 119, jf. § 204 første ledd.

¹⁷⁴ Sml. ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 20.

tilfredsstillere kriteriene gjennomgått i kapittel 3, er vernet mot innsyn til tross for bestemmelsens taushet, jf. blant annet *Akzo Nobel*.

Det er i den forlengelse uklart hvordan EØS-krrl. § 3 første ledd skal forstås. Det følger av bestemmelsen at «krrl. §§ 24 og 25 tilsvarende» i tilfeller der det er foretatt kontroll av ESA eller Konkurransetilsynet etter anmodning fra ESA. Ordlyden gir inntrykk av at myndighetenes kompetanse til å foreta kontroll begrenses av krrl. §§ 24 og 25, og at det norske vernet av advokatkommunikasjon følger av strpl. § 119, jf. § 204. En slik forståelse kan ikke være korrekt, først og fremst fordi det vil stride med ESAs kompetanse i medhold av ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 20. Videre vil en slik forståelse av EØS-krrl. § 3 harmonere dårlig med EØS-krrl. § 2, som nettopp fastslår at ESA kan be om opplysninger selv om det skulle bryte med taushetsplikten etter norsk lovgivning, se punkt 4.2 ovenfor. Av den grunn kan ikke ordlyden i EØS-krrl. § 3 første ledd tolkes bokstavelig, men må forstås i lys av den kompetansen Kommisjonen er gitt i medhold av rettspraksis tilknyttet forordning 1 artikkel 20.

Norske konkurransemyndigheters kompetanse til å foreta bevissikring ved *håndhevelse* av EØS-avtalens artikkel 53 og 54 følger i utgangspunktet av EØS-krrl. § 6 første ledd siste punktum.¹⁷⁵ Her er det fastslått at myndighetene har tilsvarende kompetanse som når de håndhever de norske konkurransereglene etter krrl. §§ 24 til 32. Som jeg kommer tilbake til i kapittel 5 nedenfor, kan det argumenteres for at dette utgangspunktet ikke gjelder når det kommer til vern av advokatkommunikasjon.

Et annet spørsmål er hvilket vern som gjelder i saker hvor norske konkurransemyndigheter *bistår* under kontroll foretatt av Kommisjonen og ESA. I forordning 1 artikkel 22 nr. 2 første punktum er det bestemt at på anmodning fra Kommisjonen eller ESA, skal nasjonale konkurransemyndigheter utføre de undersøkelser som Kommisjonen og ESA finner «nødvendig» i henhold til artikkel 20 nr. 1.¹⁷⁶ På bakgrunn av dette virker det fornuftig at nasjonale konkurransemyndigheter har samme kompetanse som Kommisjonen og ESA når

¹⁷⁵ Av samme oppfatning, se Hjelmeng (2005) s. 405.

¹⁷⁶ Den engelske versjonen lyder som følger: «At the request of the Commission, the competition authorities of the Member States shall undertake the inspections which the Commission considers to be necessary under Article 20(1) [...] The officials of the competition authorities of the Member States who are responsible for conducting these inspections as well as those authorised or appointed by them shall exercise their powers in accordance with their national law.»

sistnevnte som ber om assistanse. En slik løsning bidrar til rettsenhet på tvers av medlemslandene når det er Kommisjonen eller ESA som formelt leder saksbehandlingen av et mulig brudd på EØS-konkurransereglene. Det forutsetter riktignok at norske konkurransemyndigheter ikke får innsyn i eller oppbevarer bevisene selv, men forseglar disse under kontrollen og oversender de til Kommisjonen eller ESA innen rimelig tid.

Til tross for dette, er det presisert i artikkel 22 nr. 2 annet punktum at representantene fra de nasjonale konkurransemyndighetene skal opptre i samsvar med nasjonal lovgivning. Annet punktum må forstås dithen at kompetansen til nasjonale konkurransemyndigheter, ESA og Kommisjonen ikke nødvendigvis er like vidtrekkende, og at rekkevidden av advokatprivilegiet avhenger av den nasjonale reguleringen.

Den nasjonale reguleringen beror som nevnt på EØS-krrl. § 3, som fastslår at det gjelder like regler for ESA som for Konkurransetilsynet når de på anmodning fra ESA utfører bevissikring. En slik forståelse av regelverket harmonerer godt med forarbeidene til EØS-krrl., som nettopp synes å gi uttrykk for at Konkurransetilsynet *kun* har en utvidet kompetanse til å foreta bevissikring ved anmodning fra ESA.¹⁷⁷ Forarbeidene forutsetter altså at Konkurransetilsynets kompetanse er mer omfattende når de bistår ESA enn når de håndhever EØS-avtalens regler på eget initiativ. Følgelig gjelder det EU-rettslige vernet når Konkurransetilsynet bistår ESA.¹⁷⁸

Norske konkurransemyndigheters adgang til å foreta bevissikring ved håndhevelse av norske konkurranseregler er regulert i krrl. § 25. Det følger av første ledd at konkurransetilsynet kan foreta bevissikring når det er «rimelig grunn til å anta» at loven, eller vedtak i medhold av loven, er overtrådt, eller for å oppfylle Norges folkerettslige avtaler på tilsvarende vilkår. Ordlyden krever ikke at det foreligger sannsynlighetsovervekt før bevissikring kan foretas.¹⁷⁹ Terskelen må være såpass lav fordi «[b]evisenes karakter gjør at de meget lett kan ødelegges dersom de involverte får den minste mistanke om at de vil bli gjenstand for en kontroll.»¹⁸⁰

¹⁷⁷ NOU 2001: 28, s. 25.

¹⁷⁸ Av samme oppfatning, se Hjelmeng (2005) s. 405. Hans oppfatning er derimot ikke begrunnet, og fremstår derfor som et postulat.

¹⁷⁹ Dette er også presisert i forarbeidene, se Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 162.

¹⁸⁰ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 148.

For å ivareta rettighetene til de involverte, må Konkurransetilsynet begjære adgang til bevissikring for tingretten, jf. krrl. § 25 fjerde ledd første punktum.

Ved tilstrekkelig mistanke kan Konkurransetilsynet få adgang til lokaler, eiendommer, transportmidler og andre oppbevaringssteder «hvor det kan finnes bevis for overtredelse», jf. annet ledd bokstav a). For å få adgang til bolig, kreves «særlig grunn til å anta at bevis oppbevares der», jf. bokstav b). Den forhøyede terskelen skyldes at en slik handling er langt mer inngripende enn Konkurransetilsynets adgang etter bokstav a). I tillegg følger terskelen av det alminnelige prinsippet om forholdsmessighet i forvaltningssaker.¹⁸¹ Bokstav a) og b) begrenser seg ikke til eiendommer med direkte tilknytning til foretaket eller foretakene som er under etterforskning. Hjemmelen åpner også for å foreta bevissikring andre steder hvor bevis kan finnes, herunder advokatkontorer og hjemme hos advokater. Av hensyn til advokaters sterke taushetsplikt, må Konkurransetilsynet opptre med varsomhet i slike situasjoner.¹⁸²

Under disse undersøkelsene kan Konkurransetilsynet ta med «ting som kan ha betydning som bevis» for nærmere gransking, og forsegle forretningslokaler, bøker eller forretningspapirer så lenge undersøkelsen varer og «dette anses nødvendig», jf. bokstav c) og d). Den nærmere avgrensningen av bevistype og varighet, fremgår ikke uttrykkelig av lovteksten. Årsaken til at bestemmelsen ikke anga disse kriteriene i detalj, var både for ikke å begrense Konkurransetilsynets adgang til å få en sak tilstrekkelig opplyst, og fordi departementets oppfatning var at en opplisting var for tilfeldig, og derfor ville skapt mer usikkerhet enn klarhet for myndighetene og foretakene.¹⁸³

I utgangspunktet omfattes advokatkommunikasjon av ordlyden i bokstav c). Dette må imidlertid nyanseres betraktelig. I tredje ledd siste punktum fremgår det at straffeprosessloven §§ 117–120, jf. § 204 gjelder ved bevissikring. Som nevnt i punkt 1.1 innledningsvis, regulerer strpl. § 119 bevisforbudet for advokatkommunikasjon. Konkurransetilsynet skal altså i utgangspunktet ikke ta beslag i opplysninger som omfattes av bevisforbudet. Mer om

¹⁸¹ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 163.

¹⁸² Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 165.

¹⁸³ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 164. Departementet vurderte å oppstille en tilsvarende opplisting av hvilken kompetanse representanter har i medhold av forordning 1 artikkel 20 for norske konkurransemyndigheter etter krrl. § 25, slik at reglene harmoniserte fullt ut. Begrunnelsen for at dette ikke ble gjort, var at en slik opplisting var ansett som en svakhet, samt at det var bedre for norske myndigheter å bygge på den tilsvarende regelen som allerede gjaldt innenfor straffeprosessen.

utfordringene av å verne advokatkommunikasjon i henhold til det nasjonale bevisforbudet behandles i kapittel 6 nedenfor.

4.4 Ansvarsfordelingen mellom de ulike konkurransemyndighetene – Kommisjonen, ESA og Konkurransetilsynet

I dette punktet skal det redegjøres for hvilken konkurransemyndighet som har kompetanse til å føre tilsyn med og håndheve eventuelle brudd på konkurransereglene. Redegjørelsen knyttes i hovedsak til om konkurransen skjer på tvers av landegrensener.

ESA og Kommisjonens innbyrdes kompetanseområder reguleres av EØS-avtalen artikkel 56. For å sikre lik anvendelse av konkurransereglene i EU/EØS, har Kommisjonen i utgangspunktet enerett på saker hvor EU-stater påvirkes, jf. nr. 1 bokstav c).¹⁸⁴ ESA har på sin side enerett til å behandle saker under artikkel 53 hvor kun EFTA-statene Island, Liechtenstein og Norge påvirkes, jf. artikkel 56 nr. 1 bokstav a). Enkeltsaker under artikkel 54 behandles av overvåkningsorganet hvis område det konstateres at et foretak har en dominerende stilling, jf. artikkel 56 nr. 2.

Av naturlige årsaker forekommer det sjelden at enkeltsaker har virkning kun innenfor de nevnte EFTA-statene. Når en enkeltsak først har tilknytning utenfor Norge, vil den som oftest også ha en tilknytning til en EU-stat. Et klassisk eksempel er foretak med omsetning både i Norge og Sverige. Spørsmålet som da oppstår, er hvem av ESA og Kommisjonen som har kompetanse til å føre tilsyn med og eventuelt håndheve brudd på enkeltsaker med tilknytning både til en EFTA-stat og EU-stat.

I saker med tilknytning til EFTA- og EU-stater, avgjøres spørsmålet basert på foretakenes omsetning. ESA har kompetanse til føre tilsyn med enkeltsaker hvor foretakets omsetning innenfor EFTA-statenes territorium utgjør «33 prosent eller mer» innen det territorium som omfattes av EØS-avtalen, jf. nr. 1 bokstav b) for enkeltsaker som faller inn under artikkel 53, og jf. nr. 1 bokstav b) jf. nr. 2 for enkeltsaker som faller inn under artikkel 54. I alle andre saker har Kommisjonen enerett til å behandle enkeltsakene. Fordelingsordningen gjelder ikke dersom enkeltsaken har tilknytning til flere EU-stater. Dersom foretaket omsetter i Norge, Sverige og Danmark, har Kommisjonen enerett til å behandle saken, hvis ikke tilknytningen

¹⁸⁴ Se blant annet Graver og Hjelmeng (2006) s. 15.

til EU «ikke er nevneverdig», jf. nr. 3. I forarbeidene fra 2001 er det uttalt at fordelingsreglene i praksis innebærer at Kommisjonen vil være det kompetente overvåkningsorganet i de fleste enkeltsaker.¹⁸⁵

En annen problemstilling, er hvordan den innbyrdes kompetansefordelingen mellom Konkurransetilsynet, ESA og Kommisjonen er regulert. På nærmere angitte vilkår og innenfor visse begrensninger er norske konkurransemyndigheter forpliktet til å anvende EØS-avtalens artikkel 53 og 54 når de anvender nasjonal konkurranselovgivning på forhold som kan påvirke samhandelen mellom medlemslandene i EØS, jf. artikkel 3 i ODA protokoll 4 kapittel II. En mer utførlig vurdering av forholdet mellom Konkurransetilsynets anvendelse av nasjonal konkurranselovgivning og EØS-avtalens artikkel 53 og 54 foretas i kapittel 6 nedenfor. Spørsmålet i denne sammenheng blir derfor i hvilke tilfeller Konkurransetilsynet på egen hånd har kompetanse til å føre tilsyn med og håndheve brudd på EØS-avtalens artikkel 53 og 54, og når tilsynet er begrenset av kompetansen til ESA og Kommisjonen.

I EØS-krrl. § 6 første ledd er det fastsatt at norske konkurransemyndigheter «skal, med de begrensninger som følger av EØS-avtalen, [ODA] og forskrifter gitt i medhold av § 5, føre tilsyn med at EØS-avtalens artikkel 53 og 54 overholdes.» I lovens forarbeider er det presisert at norske konkurransemyndigheter ikke har kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54 dersom ESA innleder formell saksbehandling i samme sak. Norske konkurransemyndigheter kan derimot håndheve forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54 inntil ESA innleder saksbehandling.¹⁸⁶

I EØS-krrl. § 6 annet ledd er det videre bestemt at norske konkurransemyndigheter ikke kan treffe avgjørelser som «er i strid med» den beslutning som EFTAs overvåkningsorgan har truffet. Tolket i sammenheng med første ledd, fratras norske konkurransemyndigheter adgang til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54 fra det øyeblikk ESAs formelle saksbehandling innledes. Forbudet bygger på forordning 1 artikkel 16 nr. 2, og vil av den grunn være retningsgivende for vurderingen av når ESAs formelle saksbehandling innledes.¹⁸⁷

¹⁸⁵ NOU 2001: 28, punkt 5.1.

¹⁸⁶ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 246.

¹⁸⁷ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 247.

EØS-krrl. § 6 annet ledd benevner kun EFTAs overvåkningsorgan, ikke Europakommisjonen. Sett i sammenheng med kompetansefordelingen slik den er regulert i EØS-avtalen artikkel 56 gjennomgått ovenfor, virker det som at norske konkurransemyndigheter kun har kompetanse til å håndheve brudd på EØS-avtalen artikkel 53 og 54 i tilfeller der ESA har kompetanse til å innlede en formell saksbehandling. En slik forståelse samsvarer derimot dårlig med artikkel 5 i ODA protokoll 4 kapittel II, som ikke inneholder begrensninger på nasjonale konkurransemyndigheters håndhevelse av EØS-avtalens artikkel 53 og 54. På den annen side fremgår det av artikkel 11 nr. 1 i ODA protokoll 4 kapittel II at «EFTAs overvåkningsorgan og EFTA-statenes konkurransemyndigheter skal anvende EØS-konkurransereglene i nært samarbeid.» Min oppfatning er at denne samarbeidsplikten vanskelig lar seg gjennomføre dersom Konkurransetilsynet håndhever brudd på EØS-konkurransereglene utenfor ESAs kompetanseområde. Samlet sett virker det derfor som nasjonale konkurransemyndigheters kompetanse til å håndheve EØS-avtalens artikkel 53 og 54 er et uavklart rettsspørsmål,¹⁸⁸ som krever en langt mer omfattende analyse enn det som er innenfor rammen av avhandlingen.

4.5 Utvexling av opplysninger mellom de ulike konkurransemyndighetene

Når konkurransemyndighetene forespør opplysninger eller foretar bevissikring, kan det tenkes at de får innsyn i og tilgang til informasjon som er av interesse for andre konkurransemyndigheter. Dette kan være både konkurransemyndigheter på det vertikale plan, altså mellom nasjonale konkurransemyndigheter og EØS-konkurransemyndighetene, og på det horisontale plan, altså mellom ulike nasjonale konkurransemyndigheter. I denne sammenheng er spørsmålet hvilken adgang konkurransemyndighetene har til å oversende informasjon til hverandre, og om det gjelder noen begrensning på bruken av informasjonen hos den mottakende konkurransemyndighet. Fokuset vil primært være på oversendelse og bruk av advokatkommunikasjon.

Utvexling av informasjon er regulert i forordning 1 artikkel 12.¹⁸⁹ I artikkel 12 nr. 1 fremgår det at Kommisjonen, ESA og nasjonale konkurransemyndigheter har adgang til å utveksle informasjon med hverandre dersom formålet med utvekslingen er å anvende EU/EØS-konkurransereglene («[f]or the purpose of applying Articles 81 and 82 of the Treaty»).

¹⁸⁸ Av samme oppfatning, se Graver og Hjelmeng (2006) s. 21.

¹⁸⁹ ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 12.

Ordlyden stenger følgelig for å benytte den utvekslede informasjon i saker utenfor TFEU artikkel 101 og 102 og EØS-avtalens artikkel 53 og 54.

Etter artikkel 12 nr. 2 utvides adgangen til opplysninger som også kan oversendes og brukes når nasjonale konkurransemyndigheter håndhever nasjonale konkurranseregler. En slik bruk forutsetter riktignok at den nasjonale håndhevelsen skjer i en sak som også behandles etter EU/EØS-konkurransereglene, og utfallet i den nasjonale saken er lik utfallet i saken etter EØS-avtalens regler, jf. annet punktum. Hvis opplysningene skal brukes i en håndhevings sak av EU/EØS-konkurransereglene, gir det mening at de samme opplysninger kan benyttes for å konstatere tilsvarende brudd på nasjonale konkurranseregler.

Når det først er avklart at informasjonen skal brukes for å anvende EØS-konkurransereglene, står myndighetene i utgangspunktet relativt fritt til å utveksle og bruke informasjonen. Om dette står det i nr. 1 at myndighetene har rett til å utveksle og bruke som bevis «any matter of fact or of law, including confidential information.» Ordlyden åpner for at advokatkommunikasjon kan utveksles og brukes selv om avsendermyndighetene ikke har en slik adgang. Enkelte begrensninger gjelder likevel, men kun i saker hvor de aktuelle bevisene skal brukes i en sanksjonssak mot en fysisk person («impose sanctions on natural persons»), jf. nr. 3. I saker mot fysiske personer stiller nr. 3 strekpunkt 1 krav om at landet som oversender informasjonen må ha tilsvarende sanksjoner som mottakende land. Dersom sanksjonene ikke samsvarer i tilstrekkelig grad, kan informasjonen oversendes i henhold til strekpunkt 2 hvis innhenting av opplysningene skjedde på en måte som respekterte vedkommendes rett til forsvar i mottakerlandet. I et slikt tilfelle kan ikke den fysiske personen bli ilagt frihetsstraff, jf. strekpunkt 2 annet punktum.

I sanksjonssaker mot foretak oppstiller ikke artikkel 12 noen tilsvarende begrensninger som for privatpersoner i nr. 3. Det kan derfor virke som at konkurransemyndighetene har adgang til å oversende og benytte seg av opplysningene overfor foretak etter eget forgodtbefinnende. Utgangspunktet nyanseres imidlertid av at mottakende konkurransemyndighet fremdeles må opptre i samsvar med øvrig EU/EØS-rett, herunder særlig EU- og EØS-rettslige prinsipper, EMK og nasjonal rett.

For norske konkurransemyndigheter medfører strpl. § 119, jf. 204 i utgangspunktet en begrensning ved bruken av advokatkommunikasjon som er oversendt av en annen konkurransemyndighet. Som jeg kommer tilbake til i kapittel 5 og 6 nedenfor, kan det

imidlertid tenkes at bevisforbudet må tolkes innskrenkende for å sikre en effektiv og uniform håndhevelse av EØS-konkurranseretten.

5 Vern av advokatkommunikasjon når Konkurransetilsynet etterforsker og håndhever brudd på EØS-konkurranseretten

5.1 Innledning

I henhold til ODA protokoll 4 Kapittel II skal nasjonale konkurransemyndigheter i utgangspunktet følge nasjonale prosessregler ved etterforskning og håndhevelse av brudd på EØS-avtalen artikkel 53 og 54, se kapittel 4. Henvisningen til nasjonale prosessregler kan naturligvis medføre ulikt prosessuelt vern for rettssubjektene som er under etterforskning for brudd på konkurransereglene, herunder ulikt vern av advokatkommunikasjon.¹⁹⁰ Av hensyn til rettsenhet og effektiv gjennomføring av EU/EØS-retten, kan det likevel være slik at enkelte nasjonale prosessregler må vike.

Siktemålet med dette kapitlet er å vurdere hvilke krav som stilles til utformingen av medlemslandenes nasjonale prosessregler innenfor EØS-konkurranseretten, med særlig vekt på om det norske vernet av advokatkommunikasjon i tilstrekkelig grad harmonerer med det EU/EØS-rettslige vernet.

I dette punktet behandles først de grunnleggende kravene som EU/EØS-retten stiller til utformingen av nasjonale prosessregler (punkt 5.2), etterfulgt av en kort omtale av det norske vernet av advokatkommunikasjon (punkt 5.3). Deretter vurderes det om det norske vernet i tilstrekkelig grad er i overensstemmelse med EØS-retten (punkt 5.4). Punktet avsluttes med forslag til harmoniseringsprosesser (punkt 5.5).

5.2 EØS-retten begrenser medlemslandenes prosessuelle autonomi

I det følgende skal det vurderes hvilke forpliktelser EØS-retten stiller til norske myndigheters prosessuelle regler. Fokuset er på om EØS-retten oppstiller noen særlige begrensninger på konkurranserettens område.

EØS-retten sin grunnleggende målsetting er å harmonisere med og være lojal overfor EU-retten, jf. EØS-avtalens artikkel 1 nr. 1 og artikkel 3. Det medfører at vurderingen av hvilke forpliktelser som kan utledes av EØS-retten, må ta utgangspunkt i EU-retten. Spørsmålet i det

¹⁹⁰ Dette gjelder både horisontalt (mellom medlemslandene) og vertikalt (mellom medlemslandene og EØS-konkurransemyndighetene: Kommisjonen og ESA).

følgende er dermed hvilke forpliktelser EU-retten stiller til medlemslandenes prosessuelle regler, og da særlig på konkurranserettens område.

Medlemslandene har tradisjonelt hatt en utstrakt prosessuell autonomi. Dette skyldes at EU-retten ikke har egne alminnelige prosessregler, slik at det i utgangspunktet er opp til hvert enkelt medlemsland å avgjøre hvordan EU-rettslige plikter og rettigheter skal anvendes i nasjonale domstoler.¹⁹¹ Ulempen slike ordninger medfører, er at det åpnes for at medlemslandene kan regulere og praktisere tilgangen til EU-retten forskjellig, noe som kan være problematisk nettopp fordi store deler av EU-retten bygger på et desentralisert system med omfattende håndheving i nasjonale domstoler.¹⁹² Som Fredriksen så treffende påpeker: «det hjelper lite å harmonisere materielle rettsregler dersom det er store forskjeller i den prosessuelle adgangen til å håndheve dem i praksis.»¹⁹³

For å motvirke en altfor differensiert regulering og praksis blant medlemslandene, har EU-domstolen for det første fastslått at det enkelte medlemsland er forpliktet til å sørge for at de nasjonale prosessreglene som skal sikre EU-rettens materielle bestemmelser, ikke er mindre favoriserende enn nasjonale prosessregler som skal sikre tilsvarende nasjonale materielle bestemmelser – likebehandlings-/ekvivalensprinsippet. For det andre kan ikke de nasjonale prosessreglene være utformet på en slik måte at de gjør det umulig eller uforholdsmessig vanskelig å håndheve EU-rettens materielle bestemmelser – effektivitetsprinsippet.¹⁹⁴

Prinsippene utgjør en viktig bestanddel av medlemslandenes lojalitetsplikt overfor EU, jf. artikkel 4 nr. 3 TEU (tidligere EF-traktaten artikkel 10) i tilfeller hvor det ikke finnes EU-rettslige bestemmelser på det aktuelle området.

¹⁹¹ Fredriksen (2008) s. 292.

¹⁹² Tridimas (2006) s. 419.

¹⁹³ Fredriksen (2008) s. 292.

¹⁹⁴ Se særlig *Rewe*, C-33/76, og *Comet*, C-45/76. Se også Tridimas (2006) s. 423 flg.

I nyere praksis fra EU-domstolen, er det fastslått at medlemslandenes prosessuelle regler også må samsvare med de fundamentale rettigheter som kan utledes av EU-retten, se blant annet *Karlsson*¹⁹⁵ og *Steffensen*.¹⁹⁶ I førstnevnte dom uttalte EU-domstolen i avsnitt 37 som følger:

«it should be remembered that the requirements flowing from the protection of fundamental rights in the Community legal order are also binding on Member States when they implement Community rules. Consequently, Member states **must, as far as possible**, apply those rules in accordance with those requirements» (mine uthevinger).

Tridimas' oppfatning er at medlemslandenes plikt til å sikre de fundamentale rettighetene i EU, metodisk sett er en naturlig forlengelse av den opprinnelige effektivitetsplikten.¹⁹⁷ Som nevnt ovenfor i punkt 3.2, er nå de fleste fundamentale rettighetene innlemmet i EU-pakten om grunnleggende rettigheter. EU-pakten vil derfor danne utgangspunktet for medlemslandenes forpliktelser til å sikre de fundamentale rettighetene.

At medlemslandene må sikre de fundamentale rettighetene utgjør en naturlig kobling til advokatprivilegiet i konkurransesaker. Grunnen til det er at advokatprivilegiet utgjør et generelt prinsipp i form av å være en fundamental rettighet, se punkt 1.2 og 3.2.1 ovenfor. Dette medfører at medlemslandene er forpliktet til å sørge for at advokatkommunikasjonen er vernet i tråd med de krav som følger av EU-retten. Plikten til å sikre de fundamentale rettighetene medfører at medlemsland med lavere vern må endre sin regulering.¹⁹⁸ Dette gjøres enten ved domstolspraksis eller ved lovfesting.¹⁹⁹

Problemstillingen er langt mer komplisert når medlemslandet har et sterkere vern enn det som følger av EUs fundamentale rettigheter.²⁰⁰ Det er naturligvis vanskeligere å argumentere for at medlemslandene ikke skal ha adgang til å gi foretak bedre rettigheter enn det EU allerede har gjort.

¹⁹⁵ *Karlson* [C3], C-292/97.

¹⁹⁶ *Steffensen* [C3], C-276/01.

¹⁹⁷ Tridimas (2006) s. 423.

¹⁹⁸ Wils (2018) s. 22.

¹⁹⁹ Wils (2018) s. 23.

²⁰⁰ Wils (2020) s. 23 flg.

Til tross for dette tilsynelatende klare utgangspunktet, kan det mulig oppstilles et unntak for konkurranseretten. I forordning 1/2003 artikkel 35 nr. 1 er det nemlig bestemt at medlemslandene skal sikre at nasjonale konkurransemyndigheters anvendelse av TFEU artikkel 101 og 102 skjer på en måte som gjør at bestemmelsene i forordningen «are effectively complied with.» Av EU-domstolen i *VEBIC*²⁰¹ har bestemmelsen blitt tolket dithen at «[t]he authorities so designated must, in accordance with the regulation, ensure that those Treaty Articles [101 and 102 TFEU] are applied **effectively in the general interest**» (min utheving). Videre uttalte domstolen at medlemslandenes prosessuelle regler om konkurransemyndighetenes kompetanse «must not jeopardise the attainment of the objective of the regulation, which is to ensure that Articles 101 and 102 TFEU are **applied effectively by those authorities.**» (Mine uthevninger.)²⁰²

I den aktuelle saken fastslo EU-domstolen at belgiske konkurransemyndigheter hadde rett til å opptre som partsrepresentant eller partshjelper i den belgiske anke-domstolen. Bakgrunnen var at konkurransemyndigheter hadde blitt nektet en slik adgang til å intervenere i et spørsmål om TFEU artikkel 101 og 102 skulle anvendes på den konkurransehemmende virksomheten til en fagforening for belgiske bakere.

I denne sammenheng er det av avgjørende betydning å presisere at det her er tale om effektivitet i form av offentlige myndigheters *effektive håndhevelse* av konkurransereglene, hvor det altså er samfunnsbehovet som er styrende, ikke gjennomføringen av private rettigheter etter EU-retten slik det alminnelige effektivitetsprinsippet er ment å sikre. Det er altså en annen form for effektivitetsprinsipp som her anvendes enn det mer alminnelige effektivitetsprinsippet gjennomgått ovenfor.

EU-domstolen kom så i *Schenker*²⁰³ til at forordning 1 artikkel 35 nr. 1 i tillegg krever at nasjonale konkurransemyndigheter håndhever TFEU artikkel 101 og 102 på en «uniform» måte.²⁰⁴ Saken gjaldt østeriske konkurransemyndigheters adgang til å lempe på økonomiske

²⁰¹ *VEBIC* [GC], C-439/08.

²⁰² *VEBIC* [GC], C-439/08, avsnitt 56 og 57.

²⁰³ *Schenker* [GC], C-681/11.

²⁰⁴ *Schenker* [GC], C-681/11, avsnitt 47 og 48.

sanksjoner. EU-domstolen fastslo at sanksjonene bare kunne reduseres dersom det var i tråd med Kommisjonens kompetanse, nettopp for å sikre rettsenhet.

VEBIC og *Schenker* gir imidlertid ikke et klart svar på hvor streng vurderingen av effektivitet og uniformitet er. Det er neppe slik at enhver prosessuell begrensning som medfører en mindre effektiv eller mer ulik håndheving, strider med EU-retten. Vurderingen bør heller ikke utelukkende knytte seg til den eventuelle prosessuelle begrensningen uten at det øvrige prosessuelle regelverket blir vurdert, fordi det kan tenkes at en slik begrensning kan avhjelpest av de øvrige prosessreglene. Basert på EU-domstolens slutning i *Schenker*, virker det imidlertid som at domstolen har et relativt pragmatisk forhold til terskelspørsmålet. I saken var det som nevnt tilstrekkelig at adgangen til å lempe på sanksjonene kun var tillatt om det var i samsvar med Kommisjonens kompetanse. En mulig forklaring på at EU-domstolen ikke foretok en inngående vurdering, kan være at det var svært krevende for domstolen å ta stilling til saken dersom det krevdes håndfaste bevis for hvordan den aktuelle prosessuelle begrensningen faktisk påvirket håndhevingen. En slik vurdering ville i stor grad måtte skje ut ifra et retts sosiologisk perspektiv, gjennom å analysere om konkurransemyndighetene har tilstrekkelig med ressurser til å kunne etterforske og håndheve konkurransereglene på en tilstrekkelig god måte. Vurderingen må av den grunn knyttes til et spørsmål om risiko.

Oppsummert skal altså medlemslandenes prosessuelle regler anvendes på en slik måte at de ikke hindrer en effektiv og uniform håndheving av TFEU artikkel 101 og 102 av hensyn til allmenne samfunnshensyn, selv om det skulle gå på bekostning av den aktuelle borgers eller selskaps vern etter nasjonal rett.²⁰⁵ Mitt synspunkt er at det på generelt grunnlag ikke er behov for håndfaste bevis for at den prosessuelle regelens faktisk har innvirket, men at det må foreligge en *begrunnet risiko* for påvirkning.

Overført til EØS-retten kan det vanskelig argumenteres for et annet resultat. Primært skyldes dette homogenitetsmålsettingen og den lojalitetsplikten som følger av EØS-avtalen artikkel 1 nr. 1 og artikkel 3. EØS-konkurransereglene er inspirert av EUs konkurranseregler, og for å oppnå rettsenhet i det interne markedet er det naturlig at det stilles like krav til medlemslandenes prosessuelle regler uavhengig av om medlemslandet er en EU- eller EFTA-

²⁰⁵ Av samme oppfatning, se Wils (2020) s. 24. Wils oppstiller ingen eksplisitt terskel, men nøyer seg med å bruke EU-domstolens resonneringer i sin videre vurdering av terskelspørsmålet.

stat. I tillegg speiler ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 40 nr. 1 forordning 1 artikkel 35 nr. 1. Det er derfor nærliggende at man vil komme til samme resultat også etter ODA.

Norge kan derfor som utgangspunkt ikke oppstille nasjonale prosessuelle regler som hindrer en effektiv og uniform håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54, dersom det foreligger en begrunnet risiko for påvirkning. Det kan imidlertid være at vurderingen er annerledes når det gjelder vern av advokatkommunikasjon.

I *Akzo Nobel* ga EU-domstolen nemlig uttrykk for at medlemslandene har en utstrakt prosessuell autonomi dersom forholdet ikke er regulert av EU-retten.²⁰⁶ Deretter gikk domstolen over til å vurdere Kommisjonens adgang til å få innsyn, og uttrykker at denne kompetansen utelukkende er opp til EU å regulere. Som begrunnelse for at Kommisjonen ikke skal forholde seg til ulike vern av advokatkommunikasjon, ble det presisert at en annen løsning vil hindre en uniform håndhevelse av EU-konkurransereglene, jf. avsnitt 115. Videre uttalte domstolen i avsnitt 116 at det i henhold til EUs eksklusive myndighet etter TFEU artikkel 3 nr. 1 bokstav (b), er opp til EU å regulere innholdet i de konkurranserettslige prosessreglene (forordning 1/2003), fordi det er nødvendig med uniformitet for at det interne markedet er funksjonelt.

Det kan problematiseres i hvilken grad EU-domstolens resonnementer bygger på innstillingen til GA Kokott. Hun gir i avsnitt 128 nemlig uttrykk for at det EU-rettslige vernet kun gjelder i saker hvor Kommisjonen utfører bevissikring. I saker hvor nasjonale myndigheter etterforsker saken, skal nasjonale prosessregler anvendes, herunder det nasjonale vern av advokatkommunikasjon, jf. forordning 1 artikkel 22 nr. 2. Generaladvokaten var dermed tydelig på at medlemslandenes prosessuelle autonomi skal respekteres fullt ut når det kommer til nasjonal håndhevelse av konkurransereglene. Det ble i den sammenheng uttalt at den ulike nasjonale reguleringen av advokatprivilegiet var grunnen til at EU-domstolen i *AM & S* etablerte et selvstendig vern av advokatkommunikasjon, fordi den ulike reguleringen hindret en effektiv og uniform håndheving av EU-konkurranseretten:

«The uniform application of EU law would be adversely affected if decisions on the lawfulness of acts adopted by the organs of the Union were made by reference to provisions or principles of national law; the lawfulness of such acts – in this case, the lawfulness of search

²⁰⁶ *Akzo Nobel* [GC], C-550/07 P, avsnitt 113.

measures carried out by the Commission as European competition authority – can be judged only in the light of EU law. The introduction of special criteria stemming from the legislation or constitutional law of a particular Member State would damage the substantive and efficacy of EU law as well as the internal market.»²⁰⁷

Min oppfatning er at EU-domstolen ikke går så langt som det GA Kokott ga uttrykk for i sin innstilling. Mens generaladvokaten mente at medlemslandene har en fullstendig prosessuell autonomi, fastslo imidlertid EU-domstolen kun at medlemslandenes prosessuelle autonomi er vidtrekkende.

Inntrykket mitt er likevel at også EU-domstolens resonnementer må nyanseres. Som nevnt ovenfor, er EU og EØS-samarbeidet lagt opp slik at store deler av EU/EØS-retten håndheves av nasjonale myndigheter. Eventuelle tvister mellom nasjonale myndigheter og den private aktøren behandles i nasjonale domstoler. Konkurranseretten er intet unntak, ved at omtrent 85 prosent av EU/EØS-konkurranseretten etterforskes og håndheves nasjonalt. At så mye av håndhevingen skjer nasjonalt, påvirker naturligvis sannsynligheten for rettsenhet på tvers av medlemslandenes grenser. Medlemslandene kan derfor ikke ha en altfor vidtrekkende prosessuell autonomi, fordi det ville fått svært negative følger for håndhevelsen av EU/EØS-konkurranseretten.

En ytterligere grunn til å operere med likere prosessuelle regler, er av hensyn til konkurransemyndighetens adgang til å utveksle informasjon med hverandre. Selv om utvekslingen av informasjon skal kunne gjøres uten hinder av taushetsplikten, vil bruken av disse opplysningene av den mottakende konkurransemyndighet være begrenset av sine egne prosessuelle regler, se punkt 4.5 ovenfor. Denne begrensningen til å bruke mottatt informasjon kan heve terskelen for informasjonsutveksling generelt, i frykt for å krenke selskapets prosessuelle rettigheter etter nasjonal rett. Like prosessuelle regler vil derfor gjøre det langt enklere og mindre risikabelt å utveksle informasjon mellom konkurransemyndighetene, både horisontalt mellom nasjonale konkurransemyndigheter, og vertikalt mellom nasjonale konkurransemyndigheter og Kommisjonen/ESA.

Når EU-domstolen i *Akzo Nobel* uttrykkelig har gitt uttrykk for uniformitet og at prosessreglene i konkurranseretten eksklusivt er innenfor EUs kompetanse, må det innebære

²⁰⁷ GA Kokotts innstilling i *Akzo Nobel* [GC], C-550/07 P, avsnitt 168.

større implikasjoner for den nasjonale etterforskningen og håndhevingen av EU-/EØS-konkurransereglene, både utført av nasjonale konkurransemyndigheter og nasjonale domstoler, jf. henholdsvis forordning 1 artikkel 3 og 6. Min forståelse er derfor at de underliggende EU-rettslige prinsippene om kompetansefordeling og uniformitet gir tilstrekkelig grunnlag for å hevde at den prosessuelle autonomien ikke er fullt så vidtrekkende som EU-domstolen ga uttrykk for i *Akzo Nobel*. En slik rettsoppfatning vil for øvrig være mer i tråd med de etterfølgende avgjørelsene i *VEBIC* og *Schenker*, som nettopp innskrenket medlemslandenes prosessuelle autonomi av hensyn til den effektive og uniforme håndhevelsen av EU-konkurranseretten.

For å ivareta en viss grad av prosessuell autonomi, kan det imidlertid argumenteres for at det må stilles strengere krav enn at det må foreligge en berettiget risiko når det kommer til vern av advokatkommunikasjon. For å kunne fastslå at det nasjonale vernet utgjør et tilstrekkelig hinder for en effektiv og uniform håndheving av EU/EØS-konkurranseretten, må risikoen etter mitt syn være *klar*.

5.3 En kort omtale av det norske vernet

For å kunne ta stilling til om det foreligger en klar risiko for at det norske vernet av advokatkommunikasjon er til hinder for en effektiv og uniform håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54, er det nødvendig med en kort omtale av hvordan det norske vernet er regulert og praktisert. Punktet begrenser seg til å være en relativt deskriptiv gjengivelse av gjeldende rett. Det anses ikke nødvendig å foreta noen grundig analyse, fordi det allerede eksisterer omfattende rettspraksis, forarbeidsuttalelser og litteratur om tematikken.²⁰⁸

Formålet med dette punktet er å belyse likheter og ulikheter mellom det EU/EØS-rettslige og norske vernet, før jeg senere foretar en mer omfattende vurdering av om det norske vernet strider med det EU/EØS-rettslige vernet i punkt 5.4 nedenfor.

²⁰⁸ Av relevant rettspraksis, se bl.a. Rt. 1999 s. 911 A, Rt. 2000 s. 2167 U, Rt. 2006 s. 1071 A, Rt. 2008 s. 645 U, Rt. 2009 s. 1557 U, Rt. 2010 s. 1638 A, Rt. 2012 s. 868 U, Rt. 2012 s. 1639 U og Rt. 2014 s. 773 A.

Av relevante forarbeider, se bl.a. NOU 2001: 32, s. 959–960; NOU 2015: 3, s. 196–199; NOU 2016: 24, s. 269–271; NOU 2019: 15, s. 60–63.

Av relevant juridisk litteratur, se bl.a. Graver og Hjelmeng (2006) s. 138–144; Rui (2013) s. 296–340; Skoghøy (2013), s. 165–197; Skoghøy (2017) s. 767–787; Øyen (2019) s. 391–395.

Utgangspunktet i norsk rett er at vernet av advokatkommunikasjon følger av bevisforbudsreglene i tvisteloven (tvL.) § 22-5 i sivile saker, og straffeprosessloven (strpl.) § 119, jf. 204 i straffesaker. Den allmenne oppfatning er at bevisforbudene har samme innhold, slik at de er sammenfallende uavhengig av rettsområde, jf. blant annet HR-2018-2403-A avsnitt 31.

I strpl. § 119 fremgår det at kommunikasjon som er «betrodd [advokaten] i [sin] stilling», er vernet mot innsyn, jf. § 204. Bestemmelsen legger opp til to separate vurderinger. For det første må det vurderes i hvilken sammenheng advokaten blir kjent med opplysningene, jf. «betrodd dem». For det andre må det vurderes hvilken rolle advokaten hadde da opplysningene ble betrodd vedkommende, og hvordan opplysningene er ment å brukes fremover, jf. «i deres stilling». I rettspraksis er sistnevnte vilkår blitt forstått som at bare opplysninger som har en tilstrekkelig tilknytning til «den egentlige advokatvirksomhet – juridisk bistand og rådgivning» i og utenfor rettergang, omfattes. Vilkåret har hovedsakelig blitt tolket negativt, gjennom fastleggelse av kommunikasjonstyper som *ikke* er vernet mot innsyn.

Det er ikke oppstilt noe krav i norsk rett om at advokaten må være uavhengig sin klient for at kommunikasjonen omfattes av bevisforbudet, jf. Rt. 2000 s. 2167 (Balder-kjennelsen) på s. 2172. Dette medfører at det ikke skilles mellom advokater ansatt hos klienten (internadvokater), advokater som gjør oppdrag for klienten (eksternadvokater), advokater som har styreverv hos sin klient mv.²⁰⁹

I Balder-kjennelsen fastslo Høyesterett i tillegg at kommunikasjon med utenlandske advokater er vernet mot innsyn, jf. kjennelsens s. 2172. For det norske vernet er det tilstrekkelig at den utenlandske advokaten utfører «egentlig advokatvirksomhet».

Kort og upresist kan man sammenfatte innholdet i bevisforbudene til at all kommunikasjon som har en klar tilknytning til advokatens egne juridiske vurderinger, er vernet mot innsyn.²¹⁰

²⁰⁹ Departementet foreslår at advokater som tar del i ledelsen i en virksomhet, ikke kan påta seg advokatoppdrag for virksomheten, se Prop. 214 L s. 54. Det medfører naturlig nok at kommunikasjon dem imellom ikke er vernet mot innsyn. Departementet legger til grunn at det må foretas en konkret vurdering av om forbudet får implikasjoner for ledere under det øverste nivået i virksomheten, se s. 51.

²¹⁰ Se blant annet Rt. 2014 s. 773. Sakens kjerne omhandlet innholdet i en granskningsrapport, nærmere bestemt om rapporten var vernet mot innsyn fordi granskningen var ledet av en advokat. Førstvoterende uttalte at «det

Det kan imidlertid være slik at det norske vernet av advokatkommunikasjon er annerledes i konkurransesaker. I Balder-kjennelsen ble det anført at kommunikasjonen med den amerikanske internadvokaten ikke kunne være vernet mot innsyn basert på en henvisning til EU-domstolens avgjørelse i *AM & S*. Til denne anførselen uttalte Høyesterett på s. 2173 at det etter utvalgets syn «ikke [er] grunn til å sammenligne reglene for **kommisjonens rett til innsyn på dette helt sentrale området**, med reglene i tvistemålsloven om fortolkningen av taushetsplikt og fremleggelsesplikt i en **tvist mellom private parter**.» (Mine uthevinger.)

Høyesteretts uttalelse kan her forstås på flere måter. For det første kan det argumenteres for at vernet bare er annerledes når Kommisjonen – et offentligrettslig organ – etterforsker brudd på EU-konkurransereglene (altså ikke en «tvist mellom private parter»). En slik forståelse vil ikke innebære noen utvidelse av vernet i Norge, fordi søksmål om Kommisjonens innsynsrett bare kan reises for EU-domstolen, se kapittel 4 ovenfor.

For det andre kan det argumenteres for at det avgjørende for vernet er kombinasjonen saksområde og partsforhold, jf. uttalelsene «dette helt sentrale området» og «tvist mellom private parter». I de fleste tilfeller er det Konkurransetilsynet – et offentligrettslig organ – som etterforsker og håndhever EØS-konkurransereglene i Norge. Å operere med et annet vern av advokatkommunikasjon når Konkurransetilsynet foretar kontroll med overholdelse av EØS-konkurransereglene, er dermed en alternativ tolkning som har en viss støtte i Høyesteretts uttalelse.

For det tredje kan det i en viss grad argumenteres for at Høyesterett mener at vernet skal være annerledes også i nasjonal konkurranserett, ettersom den i stor grad baserer seg på EU-konkurranseretten. Dette tolkningsalternativet vil bli nærmere vurdert i kapittel 6 nedenfor.

For øvrig kan det virke som at konkurranseloven og EØS-konkurranseloven åpner for at vernet kan stille seg annerledes i konkurransesaker. Dette fordi krrl. § 25 tredje ledd fastslår at strpl. § 115–120 «gjelder så langt de passer.» Det kan derfor hevdes at EØS-retten tilsier at bevisforbudet for advokatkommunikasjon må anvendes på en annen måte. I NOU 2012: 7 legges det derimot til grunn i punkt 7.4.5 at ordlyden ikke skal forstås på denne måten. Det ble uttalt at utvalget «ser ikke grunn til å innskrenke vernet etter konkurranseloven for å

klart vil være advokatvirksomhet dersom faktum allerede i det vesentlige er klarlagt og hovedpoenget med oppdraget er å foreta juridiske vurderinger.» Likevel «vil også mer omfattende kartlegging av faktum etter [flertallet sitt] syn etter omstendighetene kunne være egentlig advokatvirksomhet [...] [d]ersom granskningen kan få rettslige konsekvenser».

bringe dette i samsvar med EU/EØS-reglene. EU/EØS-retten er på dette punkt begrunnet på en helt annen måte enn etter norsk rett, og en særregel vil skape dårlig sammenheng i regelverket.» Ettersom det er fastslått i EØS-krrl. § 3 første ledd at krrl. § 25 «gjelder [...] tilsvarende», tilsier forarbeidsuttalelsen at det heller ikke ved etterforskning og håndheving av EØS-konkurransereglene var ment å endre vernet av advokatkommunikasjon slik at det samsvarer med EU/EØS-retten.

Konkurransetilsynets praksis samsvarer godt med forarbeidsuttalelsen, fordi de anvender det norske bevisforbudet uten påvirkning fra EU/EØS-retten når de etterforsker og håndhever brudd både på den nasjonale konkurranseretten og EØS-konkurranseretten.²¹¹

Kort oppsummert skiller altså det norske vernet seg fra det EU/EØS-rettslige både når det kommer til situasjon (klientens rett til forsvar), type advokat (uavhengighet) og hvor advokaten har bevilling til å praktisere sitt yrke (nasjonal tilhørighet). Hvorvidt skillet er såpass omfattende at det hindrer en effektiv og uniform håndhevelse av EØS-konkurranseretten, vil bli vurdert i punkt 5.4 nedenfor.

5.4 Er norsk rett i strid med våre EØS-rettslige forpliktelser?

5.4.1 Innledning

I det følgende skal det vurderes om forskjellen mellom det norske vernet og det EU/EØS-rettslige vernet er såpass omfattende at det hindrer en effektiv og uniform håndhevelse av EØS-konkurranseretten. Punktet er strukturert slik at de ulike kriteriene – klientens rett til forsvar, uavhengighet og advokatens nasjonale tilhørighet (bevilling) – behandles hver for seg (punkt 5.4.2 til 5.4.4).

5.4.2 «Rett til forsvar» versus «betrodd [advokaten] i [sin] stilling»

Spørsmålet i dette punktet er om det norske vernet hindrer en effektiv og uniform håndhevelse av EØS-konkurranseretten ved at kommunikasjonen må knytte seg til om den er «betrodd [advokaten] i [sin] stilling», ikke «klientens rett til forsvar».

²¹¹ I forbindelse med en OECD-konferanse om advokatprivilegiet i konkurransesaker avholdt den 26. november 2018, bidro Konkurransetilsynet blant annet med et notat om reguleringen og praksisen i norsk rett: *Treatment of legally privileged information in competition proceedings – Note by Norway*, DAF/COMP/WP3/WD(2018)43.

I henhold til *AM & S* omfattes all kommunikasjon mellom advokaten og klienten som foretas etter at en administrativ prosedyre er igangsatt av «retten til forsvar», se punkt 3.3.2 ovenfor. Det EU/EØS-rettslige vernet er følgelig relativt vidtrekkende når det kommer til etterfølgende kommunikasjon. Også det norske vernet omfatter etterfølgende kommunikasjon. Det kan derfor vanskelig argumenteres for at det norske og det EU/EØS-rettslige vernet ikke er tilstrekkelig harmonisert i dette henseende.

Et vanskeligere spørsmål gjelder kommunikasjon som skjer i forkant av en administrativ prosedyre. Grunnen til det er at *AM & S* oppstilte et krav om at denne kommunikasjonen bare omfattes av «retten til forsvar» hvis den har en tilstrekkelig tilknytning til den administrative prosedyren. Et tilsvarende krav kan ikke utledes av det norske vernet, som ikke gjør et skille mellom tidligere og etterfølgende kommunikasjon. Det kan derfor virke som at det norske vernet er mer vidtrekkende, noe som kan medføre en hindring av effektiv og uniform håndhevelse av EØS-konkurranseretten.

Tre forhold kan imidlertid antyde at det norske og det EU/EØS-rettslige vernet ikke er så ulike som de kan gi inntrykk av. For det første ble det i *AM & S* akseptert at kommunikasjon som var skjedd hele åtte år tidligere var omfattet av «retten til forsvar». Det virker dermed ikke som at EU-domstolen oppstiller særlig strenge krav når det kommer til tidsintervallet mellom kommunikasjonen og den administrative prosedyren.

For det andre var den nevnte kommunikasjonen mellom det britiske selskapet og deres advokater om selskapets handlinger var i overensstemmelse med EU-konkurranseretten. Uten å ha innblikk i typen kommunikasjon, kan det virke som at den var av mer generell karakter. Det kan derfor være at tilknytningskravet EU-domstolen oppstilte ikke er særlig strengt.

For det tredje er det begrenset hva slags interesse og adgang Kommisjonen og ESA har til å få innsyn i kommunikasjon mellom klient og advokat som ikke har tilknytning til den administrative prosedyren. Det følger nemlig av forordning 1 artikkel 20 at EU/EØS-konkurransemyndighetene kun har kompetanse til å ta beslag i bevis som er «nødvendige» for etterforskningen. Det kan vanskelig argumenteres for at kommunikasjon mellom advokat og klient som ikke har tilknytning til det aktuelle sakskomplekset er «nødvendig» å få innsyn i for Kommisjonen og ESA.

Det kan for all del ikke utelukkes at tilknytningsvurderingen til en konkret administrativ prosedyre skal tolkes strengere enn det som legges til grunn i denne avhandlingen. GA Kokott og Wils er av den oppfatning at generell rådgivning ikke omfattes av «retten til forsvar», for eksempel i forbindelse med utarbeidelse av compliance-programmer for å sikre overholdelse av konkurransereglene.²¹² På den annen side vil jo slike programmer være av stor tilknytning til den administrative prosedyren i tilfeller der konkurransemyndighetene skulle være av den oppfatning at selskapet handlet i strid med EU/EØS-konkurransereglene.

Rettsstilstanden for vern av tidligere kommunikasjon må derfor anses å være relativt usikker. Grunnen til det skyldes naturligvis at EU-domstolen ikke i særlig grad har klargjort innholdet i hva som er en tilstrekkelig tilknytning til den administrative prosedyren. Det er derfor for tidlig å konkludere på spørsmålet om det norske vernet hindrer en effektiv og uniform håndhevelse av EØS-konkurranseretten når det kommer til førtidig kommunikasjon.

Oppsummert virker det ikke som at den løpende kommunikasjonen mellom selskapet og advokaten er så ulikt vernet i Norge og i EU/EØS at det hindrer en effektiv og uniform håndhevelse av EØS-konkurranseretten, muligens med unntak for forberedende dokumenter utarbeidet av klienten.

I *Akzo Nobel* ble det som allerede nevnt oppstilt et krav om at forberedende dokumenter kun er vernet mot innsyn hvis de er utarbeidet utelukkende for å få rettslig bistand i forbindelse med klientens forsvar. I norsk rett har problemstillingen som primært blitt vurdert opp mot vilkåret om at opplysningene må være «betrodd» advokaten, jf. blant annet Rt. 2014 s. 297 og Rt. 2015 s. 1463.

Saken i Rt. 2014 s. 297 gjaldt et notat som siktede hadde utarbeidet etter et avhør og som skulle brukes i en senere konferanse med sin forsvarer. Høyesterett la betydelig vekt på avgjørelsen i Rt. 2006 s. 1071, som gjaldt opplysninger en privatetterforsker hadde fått tilgang til på oppdrag fra en advokat. Selv om opplysningene ikke hadde blitt videreformidlet til advokaten, fant Høyesterett at opplysningene var vernet mot innsyn fordi privatetterforskeren var advokatens medhjelper, og at opplysningene derfor var innhentet for å bistå advokaten i sitt arbeid med saken, se dommens avsnitt 29. I Rt. 2014 s. 297 uttalte førstvoterende i avsnitt 23 at han «ikke [kunne] se noe grunnlag for å oppstille en annen løsning for notater en siktet

²¹² Se blant annet GA Kokotts innstilling i *Akzo Nobel* [GC], C-550/07, avsnitt 120; og Wils (2018) s. 7.

har gjort for bruk i en senere konferanse med sin forsvarer» enn «opplysninger innhentet fra tredjemann».

Sakskomplekset var noe annerledes i Rt. 2015 s. 1463. I saken var spørsmålet om opplysninger fra siktede gitt til advokatens medhjelper var vernet mot innsyn. Høyesterett la til grunn at dersom «opplysningene ikke skal kunne gjøres tilgjengelig for advokaten, kan de i utgangspunktet ikke være innhentet som ledd i utøvelsen av hans forsvareroppdrag» (avsnitt 14).

Avgjørelsene i Rt. 2014 s. 297 og Rt. 2015 s. 1463 tyder på at det også etter norsk rett kreves at forberedende dokumenter må være utarbeidet for/til advokatens forsvareroppdrag, for å være vernet mot innsyn. Høyesterett ga imidlertid i Rt 2015 s. 1463 avsnitt 14 uttrykk for at dette bare er et «utgangspunkt[...]». Det kan derfor være slik at det norske vernet for forberedende dokumenter er noe mer vidtrekkende enn det EU/EØS-rettslige, som nettopp krever at dokumentene må være utarbeidet utelukkende som ledd i advokatens rettslige bistand i saken. Denne usikkerheten er riktignok ikke tilstrekkelig til å fastslå at det norske vernet hindrer en effektiv og uniform håndheving av EØS-konkurranseretten.

5.4.3 Den ulike tilnærmingen til advokaters uavhengighet

I *AM & S, Akzo Nobel* og juridisk litteratur har spørsmålet om uavhengighet for vern av advokatkommunikasjon primært knyttet seg til internadvokatens rettsstilling.

Uavhengighetskravet er ikke vurdert for andre former for advokatvirksomhet, slik som eksempelvis de utvalgte typetilfellene gjennomgått i punkt 3.3.3 ovenfor. For enkelhets skyld vil derfor dette underpunktet skille mellom ekstern- og internadvokater.

For det første kan det diskuteres om internadvokatene i Norge er sikret en tilstrekkelig grad av uavhengighet fra sin klient. Spørsmålet er relevant fordi graden av uavhengighet mellom advokat og klient kan påvirke risikoen for at klienten misbruker advokatens rolle for å skjule skadelige opplysninger, som igjen kan hindre en effektiv og uniform håndhevelse av EØS-konkurranseretten.

Farantouris argumenterer på generelt grunnlag for at dersom internadvokatene er underlagt de samme kravene for å sikre uavhengighet fra sin arbeidsgiver som eksternadvokatene er fra sine klienter, er det ingen grunn til å skille mellom intern- og eksternadvokater når det

kommer til vern av advokatkommunikasjon.²¹³ Han trekker frem at regler som sikrer internadvokaten fra disiplinære reaksjoner eller oppsigelse ved uenighet med arbeidsgiveren om den faglige utførelsen av advokatoppgaven, vil bidra til økt grad av uavhengighet for internadvokatene.

I norsk rett er advokaters uavhengighet hovedsakelig regulert i de advokatetiske reglene slik de følger av Regler for god advokatskikk (RGA), jf. advokatforskriften kapittel 12, og i reglene om organisering av advokatvirksomhet i domstoloven §§ 231 til 233. En av forskjellene mellom disse to regelsettene er at mens de advokatetiske ikke skiller mellom forskjellige advokatroller, reguleres eksternadvokaten og internadvokaten ulikt etter organiseringsreglene. Det er særlig instruksjonsforbudet i dstl. § 232 første ledd siste punktum som peker seg ut, fordi forbudet ikke gjelder internadvokaten når vedkommende utfører arbeid for sin egen arbeidsgiver, jf. dstl. § 233 tredje ledd første punktum. Denne ulikheten mellom internadvokaten og øvrige advokater foreslår advokatlovutvalget og departementet å fjerne,²¹⁴ slik at instruksjonsforbudet også skal gjelde internadvokatene. Siktemålet med endringen er at det vil øke internadvokatens grad av uavhengighet fra arbeidsgiver.

Rent intuitivt kan det virke som at eksternadvokatens uavhengighet står sterkere enn internadvokatens på grunn av instruksjonsforbudet. Etter mitt syn er en slik forståelse noe enkel. Instruksjonsforbudet gjelder mellom arbeidsgiveren og advokaten, ved at arbeidsgiveren ikke har anledning til å instruere advokaten angående den faglige utførelse av oppdraget, jf. dstl. § 232 første ledd siste punktum. For eksternadvokaten innebærer det at advokatfirmaet ikke kan instruere vedkommende. Instruksjonsforbudet innebærer derimot ingen begrensning på klientens adgang til å instruere eksternadvokaten. I slike tilfeller er det reglene i RGA som er relevante – særlig pkt. 2.1 om uavhengighet, og pkt. 3.1.6 om advokatens adgang til å avbryte advokatoppdraget ved manglende samarbeidsvilje hos klienten.

Ettersom RGA gjelder tilsvarende for ekstern- og internadvokater, vil en eventuell lovendring for internadvokater kun ha den effekt at arbeidsgiveren i større grad blir klar over at vedkommende ikke kan instruere advokaten om den faglige utføringen av arbeidsoppdraget.

²¹³ Farantouris (2011) s. 19.

²¹⁴ NOU 2015: 3, s. 429; Prop. 214 L (2020–2021) s. 56.

En lovfesting vil altså ikke endre rettstilstanden. At det muligens kan medføre en endret praksis i forholdet mellom arbeidsgiveren og internadvokaten, får tiden vise.

I relasjon til Farantouris' påstand om oppsigelsesvernets betydning, vil en eventuell oppsigelse av internadvokaten på grunnlag av at den juridiske rådgivningen ikke samsvarer med arbeidsgivers egeninteresser, klart anses å være usaklig etter arbeidsmiljølovens § 15-7 nr. 1 som følge av de advokatetiske reglene advokaten er forpliktet til å overholde.²¹⁵ Det samme gjelder illeggelse av disiplinære reaksjoner for samme forhold.

På bakgrunn av RGA og stillingsvernet til internadvokater, skulle en ifølge resonnementet til Farantouris tro at internadvokater er like uavhengige som eksternadvokater. Hans oppfatning er da at internadvokaten blir usaklig forskjellsbehandlet ved at kommunikasjon med dem ikke er vernet mot innsyn.

EU-domstolen har derimot en annen oppfatning når gjelder betydningen av advokatetiske regler i uavhengighetsvurderingen. I *AM & S* kom domstolen til at kravet om at advokaten ikke kan ha noe ansettelsesforhold til sin klient gjelder *i tillegg* til at advokaten er underlagt nasjonale regler for å sikre advokatens tilstrekkelige grad av uavhengighet.²¹⁶ I generaladvokatens innstilling i *Akzo Nobel* uttrykte GA Kokott at det er en strukturell risiko for at en internadvokat – selv om advokaten har de beste intensjoner – vil komme i en konflikt mellom sine egne advokatetiske plikter og arbeidsgiverens ønsker.²¹⁷ Generaladvokaten la også betydelig vekt på den økonomiske interessen internadvokaten har i å imøtekomme arbeidsgivers interesser. GA Kokott sin oppfatning var følgelig at det ikke er tilstrekkelig med advokatetiske regler for å sikre advokaters uavhengighet, i samsvar mer resonnementet i *AM & S*.

Det var riktignok ikke gitt at EU-domstolen skulle ha et slikt innbitt forhold til de advokatetiske reglene. Begge generaladvokatene som avga sine begrunnelser i *AM & S*, var nemlig av den oppfatning at det ikke var noe grunnlag for å skille mellom ekstern- og internadvokater; dersom advokaten var underlagt advokatetiske regler, var advokaten i

²¹⁵ Av samme oppfatning, se NOU 2015: 3, s. 187.

²¹⁶ *AM & S*, C-155/79, avsnitt 24.

²¹⁷ GA Kokotts innstilling i *Akzo Nobel* [GC], C-550/07, avsnitt 149.

utgangspunktet tilstrekkelig uavhengig.²¹⁸ Denne oppfatningen overbeviste imidlertid ikke dommerne i *AM & S*, og den overbeviste heller ikke dommerne da de på ny vurderte standpunktet i *Akzo Nobel* nesten tretti år senere.

Overført til norsk rett er det derfor ikke tilstrekkelig at internadvokater er underlagt de samme advokatetiske reglene som eksternadvokatene for at det er i samsvar med det EU/EØS-rettslige vernet. Denne bakgrunnen foranlediger spørsmålet om norsk rett, ved å verne kommunikasjon med internadvokater mot innsyn, hindrer en effektiv og uniform håndhevelse av EØS-konkurranseretten.

Ifølge GA Kokott var et viktig argument for at kommunikasjon med internadvokater ikke bør omfattes av vernet, at det kunne hindre konkurransemyndighetene i å få tilgang til bevis og informasjon av relevans for aktuelle saker:

«At worst, the functional departments of an undertaking may be tempted to misuse the company's internal legal department as a place for storing illegal documents such as cartel agreements and records of meetings between the parties to those cartels and of the modus operandi of a cartel.»²¹⁹

Argumentet gikk altså ut på at å verne kommunikasjon med internadvokater ville innskrenke Kommisjonens adgang til å etterforske og håndheve EU-konkurranseretten. Selskapets rett til forsvar ivaretas på en tilstrekkelig måte ved å benytte seg av en eksternadvokat.

For å illustrere effekten av innsyn i kommunikasjon med selskapets internadvokater, kan *John Deere*-saken trekkes frem (85/79/EEC). Da Kommisjonen gjennomgikk den aktuelle kommunikasjonen, fant de bevis for at selskapet var klar over at de handlet i strid med EU-konkurransereglene, fordi internadvokatene eksplisitt hadde gitt uttrykk for det til selskapets ledelse, se avsnitt 21 i Kommisjonens avgjørelse. Innholdet i kommunikasjonen ble så benyttet for å skjerpe selskapets straff, fordi de i full aktsomhet var klar over at handlingene var ulovlige, se avsnitt 27 og 39.

Tilsvarende kan det ikke utelukkes at Konkurransetilsynet ville hatt et vesentlig bedre informasjonsgrunnlag i flere saker dersom de hadde fått innsyn i kommunikasjon med

²¹⁸ GA Warners innstilling i *AM & S*, C-155/79, s. 1623; GA Slynns innstilling i *AM & S*, C-155/79, s. 1655.

²¹⁹ GA Kokotts innstilling i *Akzo Nobel* [GC], C-550/07, avsnitt 150.

foretakenes internadvokater. Det kan vanskelig argumenteres for at Kommisjonen har et større behov for innsyn i denne typen kommunikasjonen enn nasjonale konkurransemyndigheter.²²⁰ Etter mitt syn kan det derfor konkluderes med at norsk rett hindrer en effektiv og uniform håndheving av EØS-konkurranseretten ved å verne kommunikasjon med internadvokater mot innsyn.

5.4.4 Advokater fra «tredjeland»

Sist skal det vurderes om det vil utgjøre et hinder for effektiv og uniform håndhevelse av EØS-konkurransereglene å verne kommunikasjon med advokater uten bevilling i et EU/EØS-land slik vi gjør i Norge.

Spørsmålet er foranlediget av at EU-domstolens konklusjon om at kommunikasjon med advokater uten rett til å praktisere sitt yrke i en medlemsstat, ikke er vernet mot innsyn, se punkt 3.5 ovenfor. Videre uttalte domstolen i avsnitt 26 at det ikke skulle gjøres noe unntak fra denne begrensningen. Generaladvokat Kokott ga en utførlig begrunnelse for at det er nødvendig med en slik begrensning i *Akzo Nobel*. Begrunnelsen gikk ut på at det ikke er noen garanti for at tredjeland utenfor EU/EØS oppstiller tilstrekkelige kvalifikasjonskrav til at deres advokater kan sammenlignes med advokater fra et EU/EØS-land, herunder krav til faglig dyktighet, grad av uavhengighet og overholdelse av advokatetiske regler. Det er heller ikke sikkert at tredjelandet i det hele tatt bygger på det samme rettsstatssystemet som landene i EU/EØS tar for gitt. Av hensyn til Kommisjonens og EU-domstolens begrensede ressurser vil det utgjøre en svært kostbar regel å vurdere om en advokat fra et tredjeland oppfyller de krav som gjelder i et EU/EØS-land fra sak til sak.²²¹

EU-domstolens syn er altså at det ikke er tilstrekkelig å ha tillit til at advokater fra tredjeland oppfyller de kvalitetskrav som gjelder for advokater i EU/EØS, og at det er uforholdsmessig ressurskrevende å føre kontroll fra sak til sak. Det er altså mer hensiktsmessig å oppstille en absolutt begrensning, slik at selskapene som har tilknytning til tredjeland ved behov kan hyre inn en advokat med bevilling eller tilsvarende i en EU/EØS-stat. Eventuelt kan tredjelandene inngå en traktat med EU for at kommunikasjon med deres advokater skal være vernet mot

²²⁰ Se også Wils (2020) s. 29.

²²¹ GA Kokotts innstilling i *Akzo Nobel* [GC], C-550/07, avsnitt 190.

innsyn, slik tilfellet var for EFTA-statene da de inngikk EØS-avtalen. Foreløpig har ikke EU inngått noen slik internasjonal avtale med stater utenfor EU/EØS.²²²

I norsk rett er argumentet om ressursbruk neppe annerledes når det er Konkurransetilsynet og norske domstoler som skal vurdere om advokaten er tilstrekkelig kvalifisert, sammenlignet med tilfellene hvor Kommisjonen, ESA, EU- og EFTA-domstolen eventuelt skulle gjort det. Likevel viser norsk rettspraksis et temmelig pragmatisk forhold til slike vurderinger og ressursbruken deretter.

I Balder-kjennelsen (Rt. 2000 s. 2167) kom Høyesterett som nevnt til at kommunikasjon med en amerikansk advokat var vernet mot innsyn fordi kommunikasjonen skjedde i forbindelse med «den egentlige advokatvirksomhet – juridisk bistand og rådgivning». Det ble ikke stilt spørsmål ved advokatens kompetanse eller etiske plikter, hvilket antageligvis skyldes at Høyesterett la til grunn at amerikanske advokater ikke skiller seg vesentlig fra norske. Vurderingen kunne vært annerledes hvis advokaten hadde kommet fra et land med en annen rettskultur og -tradisjon enn vår, for eksempel fra land som Kina eller Nord-Korea. I disse landene er det allment kjent at kommunikasjon med advokater ikke er vernet mot innsyn dersom det foreligger en risiko for at opplysningene anses å utgjøre en fare for rikets sikkerhet eller rykte. Foreløpig er det ukjent hvordan norske domstoler ville forholdt seg til advokatkommunikasjon med en advokat fra et tredjeland som disse eksemplene, til tross for den relativt klare uttalelsen i Balder-kjennelsen.

Fordi bevisforbudet foreløpig verner om kommunikasjon med advokater fra ethvert tredjeland, er min oppfatning at det norske vernet hindrer en effektiv og uniform håndheving av EØS-konkurranseretten.

5.5 Harmoniseringsprosessen

Oppsummert virker det ikke som at norsk rett hindrer en effektiv og uniform håndheving av EØS-konkurranseretten når kommunikasjonen vurderes etter om den er «betrodd [advokaten] i [sin] stilling» istedenfor tilknyttet «retten til forsvar». Det kan imidlertid være at løsningen er annerledes ved rene rådgivningsoppdrag i forbindelse med compliance og liknende

²²² Se også Wils (2018) s. 14–15 med videre henvisninger.

generelle advokatoppdrag, men fordi EU-domstolen ikke i tilstrekkelig grad har klargjort innholdet i hva som omfattes av «retten til forsvar», kan ikke et klart svar gis.

Dette stiller seg annerledes når det kommer til hvilke krav som stilles til selve advokaten kommunikasjonen må være med. At det i norsk rett ikke oppstilles noe krav om uavhengighet slik at kommunikasjon med internadvokater er vernet mot innsyn, og at kommunikasjon med advokater utenfor EU/EØS-samarbeidet er vernet mot innsyn, utgjør klare hindre for en effektiv og uniform håndheving av EØS-konkurranseretten.

Spørsmålet er hvordan det norske vernet kan endres slik at det i tilstrekkelig grad harmoniserer med det EU/EØS-rettslige vernet. Hovedsakelig finnes det to muligheter for harmonisering: Enten må harmoniseringen skje gjennom en innskrenkende tolkning for å samsvare med det EU/EØS-rettslige vernet, eller så må Stortinget vedta en lovendring for tilfeller der Konkurransetilsynet etterforsker og håndhever EØS-konkurranseretten.

Det første alternativet – å harmonisere det norske vernet gjennom en innskrenkende lovtolkning – kan være i strid med de EU-rettslige prinsippene om rettssikkerhet, forutberegnelighet og påregnelighet («legal certainty»)²²³ Av den grunn bør det utvises varsomhet med en slik løsning, selv om Balder-kjennelsen til en viss grad åpner for det, se punkt 5.3 ovenfor. En mer farbar vei er nok at Stortinget vedtar en lovendring. Ved manglende eller utilstrekkelig lovendring, vil det antageligvis kunne reises sak mot Norge som følge av brudd på lojalitetsplikten i medhold av EØS-avtalen artikkel 3.

²²³ Wils (2020) s. 23.

6 Vern av advokatkommunikasjon når Konkurransetilsynet etterforsker og håndhever brudd på nasjonale konkurranseregler

6.1 Innledning

Som vist i kapittel 5, harmoniserer ikke norsk rett tilstrekkelig med EØS-konkurranseretten når det kommer til vern av advokatkommunikasjon i saker hvor norske konkurransemyndigheter etterforsker og håndhever EØS-avtalens artikkel 53 og 54.²²⁴ Det ble videre fastslått at Konkurransetilsynet benytter det alminnelige bevisforbudet i strpl. § 119, jf. 204 når de etterforsker og håndhever konkurranseloven §§ 10 og 11, jf. krrl. §§ 24 og 25.²²⁵

I dette kapittelet vil det vurderes om norske konkurransemyndigheter, ved å anvende det alminnelige bevisforbudet i nasjonale konkurranserettsaker, hindrer en effektiv og uniform håndhevelse av EØS-konkurranseretten.²²⁶

Først skal det vurderes i hvilken grad anvendelsen av nasjonal konkurranserett er påvirket av EØS-konkurranseretten (punkt 6.2). Deretter behandles hvilke konsekvenser den EØS-rettslige påvirkningen har for vern av advokatkommunikasjon ved anvendelsen av nasjonal konkurranserett (punkt 6.3). Kapittelet avsluttes med å diskutere lovligheten av dagens praktisering (punkt 6.4).

6.2 Nasjonal konkurranserett eksisterer ikke i et vakuum

6.2.1 Etterforskningsstadiets paradoks

Når Konkurransetilsynet starter en etterforskning for å undersøke om et selskap har handlet i strid med konkurransereglene, er det ikke på forhånd gitt hvilke konkurranseregler Konkurransetilsynet skal vurdere selskapets atferd opp mot. Ett av formålene med etterforskningen er derfor å innhente et tilstrekkelig informasjonsgrunnlag til å kunne vurdere om Konkurransetilsynet skal håndheve nasjonal konkurranserett, EØS-konkurranseretten, eller en kombinasjon av disse to regelsettene. Avgjørende for valget mellom de to regelsettene

²²⁴ Se punkt 5.5 ovenfor.

²²⁵ Se punkt 5.3 ovenfor.

²²⁶ Om vurderingstemaet «hindrer en effektiv og uniform håndhevelse av EØS-konkurranseretten», se punkt 5.2 ovenfor.

er om samhandlingskriteriet i EØS-avtalens artikkel 53 eller 54 er oppfylt, se punkt 6.2.2 nedenfor.

At valg av konkurranseregler bestemmes konkret, medfører naturligvis en viss usikkerhet på etterforskningsstadiet når det kommer til hvilket vern av advokatkommunikasjon som gjelder når Konkurransetilsynet innhenter opplysninger og utfører bevissikring. Det er altså noe paradoksalt at innholdet i advokatkommunikasjonen faktisk *kan* bidra til å oppklare om saken reiser nasjonale eller EØS-rettslige problemstillinger, men at adgangen til innsyn i kommunikasjonen avhenger av hvilke konkurranseregler Konkurransetilsynet oppfatter som mest relevant i den aktuelle saken.

Av hensyn til vern av advokatkommunikasjon er det derfor avgjørende at Konkurransetilsynet tidlig i sin etterforskning klargjør om de skal håndheve nasjonal konkurranserett eller EØS-konkurranseretten. Gjennomgangen nedenfor viser at dette ikke alltid er like enkelt.

6.2.2 I de fleste saker er det enkelt å avgjøre om anvendelsen av nasjonal konkurranserett påvirkes av EØS-konkurranseretten ...

Forholdet mellom EØS-avtalens artikkel 53 og 54 og nasjonal konkurranselovgivning er regulert i artikkel 3 i avtale om endring av Protokoll 4 kapittel II til Avtale mellom EFTA-statens om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (heretter forkortet ODA protokoll 4 kapittel II).

Artikkel 3 nr. 1 fastsetter at Konkurransetilsynet «skal» anvende EØS-avtalens konkurranseregler ved anvendelsen av nasjonal konkurranselovgivning dersom den aktuelle avtalen, beslutningen, opptreden eller misbruket «kan påvirke handelen mellom partene i EØS-avtalen» i henhold til EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Artikkel 3 nr. 1 pålegger altså tilsynet å anvende EØS-avtalen på nærmere angitte betingelser. Plikten er derimot ikke så omfattende at tilsynet også må anvende nasjonale konkurranseregler; her står tilsynet fritt til å vurdere om de ønsker å utelukkende anvende EØS-konkurransereglene, eller å anvende nasjonale konkurranseregler i tillegg.

Videre fremgår det av ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 3 nr. 2 at anvendelsen av nasjonal konkurranselovgivning ikke kan føre til forbud mot avtaler, beslutninger og opptreden som «kan påvirke handelen mellom partene i EØS-avtalen», men som «ikke begrenser konkurransen i henhold til EØS-avtalens artikkel 53 nr. 1, eller som oppfyller vilkårene i

EØS-avtalens artikkel 53 nr. 3 eller som er omfattet av en forordning om anvendelse av EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3.» Norge og norske konkurransemyndigheter kan derimot «ikke hindres i å vedta og anvende strengere nasjonal lovgivning som forbyr eller ilegger sanksjoner for foretaks ensidige atferd.» Artikkel 3 nr. 2 begrenser følgelig anvendelsen av krrl. § 10 om konkurransebegrensende avtaler mellom foretak, mens Konkurransetilsynet står langt friere ved anvendelsen av krrl. § 11 om utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling, fordi forbudet rammer foretaks ensidige atferd.

Det kan også kort nevnes at ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 3 nr. 3 oppstiller visse presiseringer i medlemsstatenes plikter og begrensninger i henhold til nr. 1 og 2. En nærmere gjennomgang av disse er imidlertid ikke relevant for å besvare avhandlingens hovedproblemstilling.

For at norske konkurransemyndigheter, og da først og fremst Konkurransetilsynet, skal være pålagt disse plikter og begrensninger ved anvendelsen av norsk konkurranselovgivning, må altså den aktuelle avtalen, opptreden, samhandlingen eller misbruket «[kunne] påvirke handelen mellom partene i EØS-avtalen». Denne betingelsen omtales gjerne som *samhandelskriteriet*. Det nærmere innholdet i samhandelskriteriet må derfor kartlegges for å undersøke hvorvidt anvendelsen av norsk konkurranserett påvirkes av EØS-konkurranseretten.

EU-domstolens praksis viser at vurderingen av samhandelskriteriet kan inndeles i tre separate elementer. Det skilles mellom en vurdering av «handel mellom avtalepartene», at avtalen mv. «kan påvirke» dette handelsmønsteret, og at påvirkningen på handelsmønsteret må være eller ha evnen til å være «merkbar». Inn under disse elementene inngår en rekke ulike momenter det vil være for omfattende å redegjøre for i detalj. For å illustrere omfanget, er det tilstrekkelig å fremheve at EØS-tillegget til Den europeiske unions tidende nr. 59, utarbeidet av EFTAs overvåkningsorgan den 30.11.2006, bruker 19 sider på å gi en generell redegjørelse av samhandelskriteriet. Det anses derfor mer hensiktsmessig å trekke ut relevante tilfeller derfra fremfor å utpensle innholdet i samhandelskriteriet på egen hånd.

Vurderingen av om atferden karakteriseres som EØS-relevant, baserer seg blant annet på den såkalte NAAT-regelen (The Non Appreciably Affecting Trade-rule). Denne regelen brukes for å avklare hvilke typer virksomhet som *ikke* omfattes av EØS-konkurransereglene, og fungerer således som en negativ avgrensning av EØS-rettens jurisdiksjon ved å fastslå hvilken

type atferd som ikke er tilstrekkelig *merkbar* på det interne markedet i EØS, basert på kvantitative kriterier.

Noe forenklet er oppfatningen til ESA om NAAT-regelen at «avtaler i prinsippet ikke er egnet til å påvirke handelen mellom EØS-stater merkbart dersom [...] partenes samlede markedsandel [ikke overskrider] 5 % på noen av de relevante markeder innen EØS som berøres av avtalen, og [...] [den] samlede årlige omsetning innen EØS av de produkter som omfattes av avtalen [ikke overskrider] 40 millioner euro.»²²⁷ Internasjonale konsern med betydelig omsetning er derfor i de fleste tilfeller regulert av EØS-konkurransereglene dersom de bedriver konkurransebegrensende atferd. Mindre virksomheter med tilsvarende omsetning vil derimot være regulert av de nasjonale konkurransereglene. Mer krevende er det å vurdere hvilke konkurranseregler som gjelder for de mellomstore virksomhetene, se punkt 6.2.3 nedenfor.

Konkurransetilsynet er følgelig i de fleste tilfeller forpliktet til å anvende EØS-avtalens artikkel 53 og/eller 54 i saker mot store, internasjonale konsern, såfremt øvrige vilkår etter de nevnte bestemmelsene er oppfylt. I tillegg har Konkurransetilsynet kompetanse til å anvende krrl. §§ 10 og/eller 11, innenfor de begrensninger som følger av artikkel 3 nr. 2 i ODA protokoll 4 kapittel II.

Hvis Konkurransetilsynet nøyer seg med å anvende EØS-avtalens artikkel 53 og/eller 54 på den konkurransehemmende virksomheten, vil selskapets vern av advokatkommunikasjon kun vurderes etter det EU/EØS-rettslige vernet som redegjort for i kapittel 5 ovenfor.

Vanskeligere er det for Konkurransetilsynet når de *i tillegg* anvender nasjonal konkurranselovgivning på det aktuelle tilfellet. Årsaken er at Konkurransetilsynet anvender bevisforbudet i strpl. § 119, jf. 204 for å vurdere om det kan kreves innsyn i advokatkommunikasjonen i nasjonale saker. Det kan derfor være at selskapets vern av advokatkommunikasjon baserer seg på to ulike regelsett med ulikt vern for samme konkrete forhold. Dette er i utgangspunktet svært betenkelig, og risikoen for dette behandles grundigere i punkt 6.3 nedenfor.

²²⁷ EØS-tillegget til Den europeiske unions tidende nr. 59, utarbeidet av EFTAs overvåkningsorgan den 30.11.2006, s. 26.

På motsatt side av skalaen er de mindre og ofte lokale virksomhetene. For disse selskapene kommer de nasjonale konkurransereglene til anvendelse, med dertil det nasjonale bevisforbudet i strpl. § 119, jf. § 204 som verner om advokatkommunikasjon. Sammenhengen mellom de små virksomhetenes vern av advokatkommunikasjon med de større virksomhetenes, kommer jeg tilbake til i punkt 6.3 nedenfor.

6.2.3 ... andre ganger er det litt mer komplisert

Som nevnt i punkt 6.2.2, benyttes NAAT-regelen for å vurdere merkbarheten av selskapenes mulige konkurransebegrensende atferd på handlingsmønsteret mellom medlemslandene. Vurderingen baserer seg på kvantitative elementer, som gjøres på bakgrunn av virksomhetens markedsandel på det relevante markedet (5 prosent) og årlige omsetning (40 millioner euro). Det er altså i hovedsak økonomiske vurderinger som ligger bak NAAT-regelen.

NAAT-regelen er imidlertid ikke alltid tilstrekkelig til å vurdere hvilket regelsett som skal anvendes for virksomheter som kun driver i én EØS-stat eller en begrenset del av den. For å kunne ta stilling til slike problemstillinger, «kan det være nødvendig å foreta en mer detaljert undersøkelse for å klargjøre om avtalen eller den utilbørlige utnyttelsen kan påvirke handelen mellom EØS-land.»²²⁸ I slike tilfeller vurderes det om virksomhetens atferd gjør det mer krevende for virksomheter fra øvrige EØS-land å etablere seg og konkurrere på like vilkår som det aktuelle selskapet i det nærmere angitte området. Dersom virksomheten er såpass liten og/eller lokal at den kun påvirker nasjonale konkurrenter, vil en derimot som utgangspunkt befinne seg utenfor EØS-avtalens virkeområde. Det vil gjerne være for de mellomstore virksomhetene at det er en viss usikkerhet vedrørende hvilke konkurranseregler som gjelder i det konkrete tilfellet.

Det faktum at grensetilfeller oppstår, kan naturligvis skape visse utfordringer for Konkurransetilsynet på etterforskningsstadiet. I de klare tilfellene vil Konkurransetilsynet og det aktuelle selskapet ha en tidlig, felles og korrekt oppfatning av hvilke konkurranseregler som gjelder. Det medfører at selskapets advokatkommunikasjon med høy grad av sannsynlighet blir korrekt vernet gjennom hele etterforskningsprosessen. Annerledes stiller det seg når Konkurransetilsynet og selskapene står overfor grensetilfeller. I slike saker vil

²²⁸ EØS-tillegget til Den europeiske unions tidende nr. 59, utarbeidet av EFTAs overvåkningsorgan den 30.11.2006, s. 30.

deler av etterforskningen antageligvis dreie seg om å vurdere om samhandelskriteriet er oppfylt. En slik usikkerhet vil kunne begrense tilsynets rettslige adgang og faktiske vilje til å ta beslag i advokatkommunikasjon som er vernet etter nasjonal rett, men som det er adgang til å ta beslag i etter det EU/EØS-rettslige vernet, som for eksempel kommunikasjon med internadvokater og advokater fra tredjeland.

Videre vil samhandelskriteriet også være relevant på håndhevingstidspunktet, slik at både Konkurransetilsynet og domstolen er nødt til å vurdere kriteriet helt til saken er endelig avsluttet. Dersom domstolen i siste instans er uenig i Konkurransetilsynets påstand om at samhandelskriteriet er oppfylt, vil det kunne medføre at selskapets vern av advokatkommunikasjon i medhold av bevisforbudet i strpl. § 119, jf. 204 har vært brutt gjennom store deler av prosessen.

6.3 Er det akseptabelt å operere med to ulike vern?

Gjennomgangen i punkt 6.2 viser at det er en klar kobling mellom den nasjonale konkurranselovgivningen og EØS-konkurranseretten. Det skaper en reell usikkerhet om ivaretagelsen av vernet av advokatkommunikasjon både i de klare sakene hvor Konkurransetilsynet anvender EØS-konkurranseretten sammen med nasjonal konkurranserett, og i grensetilfellene hvor det er uklart om EØS-konkurranseretten kan anvendes. Denne usikkerheten kan resultere i uheldige følger for Konkurransetilsynets håndhevelse av EØS-avtalens artikkel 53 og 54, fordi tilsynet kun innhenter kommunikasjon som respekterer både det nasjonale bevisforbudet og det EU/EØS-rettslige vernet.

Spørsmålet i det følgende er dermed om Konkurransetilsynet ved å operere med to ulike vern av advokatkommunikasjon, hindrer en effektiv og uniform håndheving av EØS-konkurranseretten. Problemstillingen og den videre drøftelsen er rent hypotetisk, fordi Konkurransetilsynet foreløpig kun anvender det norske bevisforbudet når de etterforsker og håndhever brudd på konkurransereglene. Spørsmålet kan likevel være relevant dersom konkurransetilsynet senere velger å endre prosedyrer ved etterforskning og håndheving.

Innledningsvis er det sentralt å understreke at advokatkommunikasjonen må vernes gjennom hele prosessen. Det vil nemlig utgjøre et brudd både på det nasjonale og det EU/EØS-rettslige vernet dersom Konkurransetilsynet får innsyn i beskyttet advokatkommunikasjon. Dette gjelder selv om tilsynet ikke bruker noe av innholdet i kommunikasjonen for å bevise at selskapet har handlet i strid med konkurransereglene.

Fra Konkurransetilsynets perspektiv er det svært ressurskrevende og effektivitetsreduserende å håndheve to ulike vern av advokatkommunikasjon i den samme konkrete saken. Da må det opprettes to adskilte etterforskninger som er fordelt mellom anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 53 og 54 og konkurranseloven §§ 10 og 11, for å hindre at enkelte etterforskere får innsyn i vernet advokatkommunikasjon. Disse adskilte etterforskningene vil naturligvis medføre at antall personer i den enkelte etterforskning blir redusert, noe som igjen vil føre til at hver enkelt sak får lengre behandlingstid. Konkurransetilsynet vil derfor ha behov for økt lønnsbudsjett slik at de får ansatt nye folk til å gjøre opp for ulempen av å operere med to ulike vern av advokatkommunikasjon. Videre vil en slik oppdeling gjøre det langt for konkurransemyndighetene vanskeligere å koordinere den enkelte sak, jf. de plikter og begrensninger som følger av protokoll 4 kapittel II artikkel 3 nr. 1 og 2 gjennomgått i punkt 6.2.2 ovenfor. Det kan derfor være at Konkurransetilsynet på denne måten hindrer en effektiv og uniform håndheving av EØS-konkurranseretten.

Av hensyn til rettssikkerhet og forutberegnelighet, er det for selskapenes del uheldig at det er uvisst hvilket vern av advokatkommunikasjon som gjelder i hver enkelt sak. Det er heller ikke særlig heldig at selskapene må forholde seg til to ulike arbeidsgrupper hos Konkurransetilsynet, som kan føre til at sakskostnadene både i og utenfor rettergang i konkurransesaker øker betraktelig. Hvis dette motvirkes ved at Konkurransetilsynet kun forholder seg til det nasjonale bevisforbudet slik de gjør i dag, uavhengig av om det er tale om nasjonale konkurranseregler eller EØS-konkurranseretten, vil det naturligvis hindre en effektiv og uniform håndheving av EØS-konkurranseretten.

Helt avslutningsvis bemerkes det at forskjellig vern av advokatkommunikasjon antageligvis medfører økt sannsynlighet for ulikt materielt resultat i nasjonale og EØS-rettslige saker. Sett i sammenheng med at det i enkelte tilfeller er uklart om EØS-avtalens artikkel 53 og 54 skal anvendes, er det uheldig om denne uklarheten fører til et annet materielt resultat som følge av en mindre vidtrekkende bevisadgang. I den forlengelse er det verdt å gjenta at hovedargumentet til GA Kokott i *Akzo Nobel* var at det ville utgjøre et hinder for en effektiv etterforskning i konkurranseretten om man skulle verne kommunikasjon med internadvokater og advokater fra tredjeland mot innsyn.²²⁹

²²⁹ Se punkt 5.4.3 ovenfor.

6.4 Konklusjon

Som følge av at Konkurransetilsynet per dags dato kun anvender det norske bevisforbudet i strpl. § 119, jf. 204 når de etterforsker og håndhever brudd på både den nasjonale konkurranselovgivningen og EØS-konkurranseretten, er det ikke mulig å konkludere på om en hypotetisk arbeidsfordeling for å imøtegå to ulike vern av advokatkommunikasjon er lovlig. Inntil videre er det tilstrekkelig å bemerke at en slik arbeidsfordeling medfører visse ulemper som Konkurransetilsynet må å ta hensyn til.

Et alternativ er at Stortinget endrer konkurranseloven slik at vern av advokatkommunikasjon i konkurransesaker samsvarer med det EU/EØS-rettslige vernet. Det vil gjøre etterforskningen og håndhevingen til Konkurransetilsynet enklere, og dermed også spare det offentlige for store kostnader.

7 Mulige implikasjoner av det EU/EØS-rettslige vernet utenfor konkurranseretten

7.1 Innledende merknader

Avhandlingen har for det meste omhandlet konkurranseretten. Som nevnt i punkt 1.2, skyldes det at det hovedsakelig er innenfor konkurransesaker spørsmål om det EU/EØS-rettslige advokatprivilegiet har kommet på spissen. I dette avsluttende kapittelet skal jeg problematisere om vernet har implikasjoner utenfor dette angitte rettsområdet. Siktemålet er imidlertid ikke å gi noen dekkende eller grundig analyse over *alle* mulige implikasjoner; et slikt ambisiøst mål løser seg naturlig nok ikke innenfor denne avhandlingens rammer. Jeg kommer derfor til å nøye meg med å fremheve noen utvalgte problemstillinger til videre ettertanke. Valg av problemstillinger og sammenhengen med oppgaven for øvrig, forklares fortløpende.

I første rekke vurderes det EU/EØS-rettslige vernet i tilknytning til hvitvaskingsloven (punkt 7.2). Bakgrunnen for fokuset på hvitvaskingsregelverket er todelt: For det første har hvitvaskingsregelverket angitt egne regler for advokaters undersøkelses- og rapporteringsplikt. For det andre gjennomfører hvitvaskingsloven våre EØS-rettslige forpliktelser. Advokater er riktignok underlagt opplysnings- og rapporteringsplikter mv. i andre sammenhenger, blant annet til disiplinær- og tilsynsorganene for advokatvirksomhet og skatte- og avgiftsmyndighetene.²³⁰ Disse regelverkene har imidlertid ikke en nær tilknytning til EØS-retten, og er derfor ikke av interesse.

Videre kan det diskuteres om vernet aktualiseres for foretaks opplysningsplikt til tilsynsorgan som fører kontroll med og håndhever EØS-retten.²³¹ Kommunikasjon mellom foretaket og dets advokat kan nemlig inneholde opplysninger som er av interesse for tilsynsorganet. Uten en dyp analyse, antar jeg at en slik opplysningsplikt som utgangspunkt må skje i tråd med det EU/EØS-rettslige advokatprivilegiet, se punkt 7.2 nedenfor. Av den grunn kan det ikke

²³⁰ Se mer om dette i NOU 2015: 3, s. 205–212.

²³¹ Se blant annet lov 15. juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven) § 16 første ledd bokstav d, som fastsetter at det er gjort unntak fra opplysningsplikten i personvernforordningen artikkel 13, 14 og 15 for opplysninger som «i lov eller med hjemmel i lov er underlagt taushetsplikt».

utelukkes at lovgiver må foreta visse lovendringer også her, se mine resonneringer i punkt 5.5 og 6.4 ovenfor.

I punkt 7.3 vil det problematiseres om konkurransemyndighetene og Økokrim har adgang til å utveksle advokatkommunikasjon som ikke er vernet av det EU/EØS-rettslige advokatprivilegiet, med andre offentlige myndigheter. Avhandlingen avsluttes med noen betraktninger om hvordan vi begrunner vern av advokatkommunikasjon i Norge (punkt 7.4).

7.2 Advokaters undersøkelses- og rapporteringsplikt etter hvitvaskingsloven

EUs fjerde hvitvaskingsdirektiv (2015/849/EU) ble vedtatt den 20. mai 2015. Ifølge fortalens punkt 1 er bakgrunnen for innføringen at hvitvasking kan bryte ned integriteten, stabiliteten og tilliten til finanssystemet, og dermed være ødeleggende for det interne markedet i EU. Av den grunn oppstiller direktivet minstekrav til blant annet undersøkelse og rapportering ved mistanke om hvitvasking. Direktivet ble inntatt i EØS-avtalen i desember 2018, og er gjennomført gjennom hvitvaskingsloven (hvvil.).²³²

I henhold til hvvl. § 26, jf. § 4 nr. 2 bokstav c gjelder rapporteringsplikten for «advokater og andre som ervervsmessig eller stadig yter selvstendig rettshjelp». Formuleringen «selvstendig» er ifølge forarbeidene ment å gjennomføre direktivets artikkel 2 nr. 3 bokstav b,²³³ som fastslår at direktivet gjelder for «independent legal professionals». Som følge av homogenitetsmålsettingen i EØS-avtalens artikkel 1 nr. 1, må den norske regelen fortolkes på en slik måte at den bidrar til å sikre «et ensartet Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde».

At direktivet fastslår at det gjelder for «independent legal professionals», fremstår for meg som en logisk konsekvens av de krav til uavhengighet som følger av EU-rettens advokatprivilegium og de krav som stilles til advokater for at de kan prosedere for EU-domstolen, se punkt 3.3.1 til 3.3.3 ovenfor. Etter mitt syn er det klart at EU ikke har et annet syn på advokaters uavhengighet innenfor hvitvaskingsregelverket enn det som følger av EU-domstolens praksis innenfor disse rettsområdene.

Min vurdering er derfor at innholdet i hvvl. § 4 nr. 2 bokstav c må fortolkes på en slik måte at det harmoniserer med de typetilfellene jeg har gjennomgått i punkt 3.3.3 ovenfor. Langt på

²³² Lov 1. juni 2018 om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering (hvitvaskingsloven).

²³³ Prop. 40 L (2017–2018) s. 30–31.

vei samsvarer min oppfatning med uttalelsene i lovens forarbeider, hvor det er presisert at selvstendighetskravet *avgrenser* rapporteringsplikten mot internadvokater, bedriftsadvokater, husadvokater mv.²³⁴ Svakheten til forarbeidsuttalelsen – og forarbeidsuttalelsene til de eldre hvitvaskingslovene²³⁵ – er at de ikke grunngir hvor kravet om selvstendighet stammer fra. Videre problematiserer ikke forarbeidene om selvstendighetskravet har noen parallell til uavhengighetskravet i pkt. 2.1 i reglene for god advokatskikk (RGA).²³⁶ Det medfører at opplistingen av advokater som ikke er rapporteringspliktige fremstår tilfeldig. Dette illustreres godt av advokatlovutvalgets utredning, som utvilsomt misforstår innholdet i selvstendighetskravet når de fastslår at ordlyden i bestemmelsen tilsier at rapporteringsplikten gjelder alle advokater.²³⁷ Ved å knytte selvstendighetskravet opp mot EU-rettens syn på advokaters uavhengighet, er det enklere å forstå hvorfor en slik avgrensning er innført i hvitvaskingsloven.

Konsekvensen av selvstendighetskravet er at kommunikasjon med advokater som faller utenfor EU-rettens krav til uavhengighet, ikke er unntatt fra rapporteringsplikten overfor Økokrim. Det innebærer at banker, kredittforetak, finansieringsforetak mv. i henhold til hvvl. § 4 nr. 1 bokstav a til o må rapportere om innholdet i advokatkommunikasjonen dersom det «gir grunnlag for mistanke om hvitvasking eller terrorfinansiering», jf. hvvl. § 26 nr. 1.

Innlemmelsen av selvstendighetskravet for advokater i hvitvaskingsdirektivet illustrerer altså at EU-rettens krav til advokaters uavhengighet rekker lengre enn det som følger av advokatprivilegiet og prosedyrereglene. Hvis EU vedtar ny sekundærrett som pålegger advokater ytterligere rettigheter og plikter, vil det etter mitt syn kun gjelde for uavhengige advokater i henhold til EU-domstolens praksis som skissert ovenfor i punkt 3.3.3.

²³⁴ Prop. 40 L (2017–2018) s. 31.

²³⁵ Se blant annet Ot.prp. nr. 72 (2002–2003) s. 37.

²³⁶ Se punkt 5.4.3 ovenfor, hvor det fastslås at de etiske reglene om advokaters uavhengighet ikke er relevant i vurderingen av EU-domstolens uavhengighetskriterium.

²³⁷ NOU 2015: 3, s. 207. Riktignok henviser utvalget til hvitvaskingslovens forarbeider, men nøyer seg med å kommentere at departementet «forutsetter imidlertid at 'husadvokater mv. ikke omfattes av forslaget'».

Det faktum at den EU-rettslige oppfatningen av advokaters uavhengighet allerede er gjennomført i hvitvaskingsloven, er derfor et svært godt argument for at tilsvarende må innføres i konkurranseretten, se punkt 5.5 og 6.4 ovenfor.

7.3 Andre forvaltningsorganers adgang til å bruke advokatkommunikasjon som er innhentet av Konkurransetilsynet og Økokrim

I det følgende skal det problematiseres i hvilken grad Konkurransetilsynet og Økokrim kan utveksle advokatkommunikasjon med andre forvaltningsorganer, og om disse forvaltningsorganene har adgang til å bruke innholdet i denne kommunikasjonen i sin saksbehandling. Forutsetningen for problematiseringen er at Konkurransetilsynet eller Økokrim har fått innsyn i kommunikasjon med en advokat som ikke er tilstrekkelig uavhengig i henhold til det EU/EØS-rettslige advokatprivilegiet,²³⁸ men som omfattes av bevisforbudet i tvl. § 22-5 og strpl. § 119, jf. 204.

Reglene om informasjonsutveksling mellom forvaltningsorganer er et unntak fra organenes taushetsplikt om informasjon de får innsyn i som del av egen saksbehandling.²³⁹ I denne sammenheng er det ikke hensiktsmessig å foreta en inngående vurdering av hvilke organer Konkurransetilsynet og Økokrim kan utveksle informasjon med. Poenget med dette punktet er å påpeke at verken hvitvaskingsloven eller tilhørende forarbeider problematiserer om det er adgang til å videreformidle kommunikasjon med en advokat som ikke er tilstrekkelig uavhengig i henhold til det EU/EØS-rettslige advokatprivilegiet.²⁴⁰ I forarbeidene er det kun presisert at videreformidling må skje innenfor rammene av EMK artikkel 8.²⁴¹

Utveksling av advokatkommunikasjon med andre offentlige organer ble vurdert i advokatlovutvalgets utredning.²⁴² Her gis det også uttrykk for at det forvaltningsorganet som besitter opplysningene må foreta en ny vurdering av EMK artikkel 8 nr. 2 ved

²³⁸ Se punkt 3.3.3 ovenfor.

²³⁹ Se blant annet lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) § 13 b.

²⁴⁰ At tematikken ikke omtales i konkurranseloven samt tilhørende forarbeider, er naturlig som følge av den gjeldende oppfatningen om at Konkurransetilsynet utelukkende anvender det norske bevisforbudet.

²⁴¹ NOU 2016: 27, s. 137–138.

²⁴² NOU 2015: 3, s. 243–244.

videreformidling til andre organer.²⁴³ I den sammenheng legger utvalget til grunn at det er innenfor EMK artikkel 8 nr. 2 å oversende informasjon fra skattemyndighetene til politiet når skattesaken fører til politianmeldelse. Utvalget problematiserer derimot ikke om en slik løsning kan føre til omgåelser, for eksempel fordi bevisadgangen til skattemyndighetene er mer vidtrekkende enn påtalemyndighetens.²⁴⁴

Skatterådgiverutvalget har en annen tilnærming til problematikken. Basert på resonnementene i *AM & S* og *Akzo Nobel*, foreslår utvalget at internadvokater skal unntas fra bevisforbudet.²⁴⁵ Utvalgets mandat var imidlertid kun å ta stilling til internadvokater som driver med skatterådgivning, men av hensyn til symmetri i regelverket foreslår utvalget å unnta samtlige internadvokater. Blant annet brukes symmetrihensynet for å illustrere de vanskelige avgrensningsspørsmålene som ellers vil oppstå ved utveksling av informasjon mellom offentlige organer.

Ingen av utvalgene tar imidlertid høyde for at ulike vern av advokatkommunikasjon allerede eksisterer innenfor hvitvaskingsregelverket.²⁴⁶ Det finner jeg bemerkelsesverdig, ettersom begge utvalgene erkjenner at advokatens rapporteringsplikt ved mistanke om hvitvasking og terrorfinansiering nettopp differensierer mellom advokater på bakgrunn av deres grad av uavhengighet.²⁴⁷ Utvalgenes vurderinger av informasjonsutveksling strekker derfor ikke helt til.

Departementet legger for sin del til grunn at Økokrim kan videreformidle advokatkommunikasjon innhentet med hjemmel i hvitvaskingsloven til andre deler av politiet for videre straffeforfølgning.²⁴⁸ At rapporteringsplikten i hvitvaskingsloven § 26 differensierer mellom interne og eksterne advokater, blir derimot ikke problematisert.

²⁴³ NOU 2015: 3, s. 217, med videre henvisning til Rui (2013) s. 338.

²⁴⁴ Se blant annet Rui (2013) s. 334–335. Riktignok omhandler hans artikkel forholdet mellom Konkurransetilsynet og politiet, men de samme betraktninger gjør etter mitt skjønn seg også gjeldene mellom skattemyndighetene og politiet.

²⁴⁵ NOU 2019: 15, s. 121–125.

²⁴⁶ Og må innføres innenfor konkurranseretten, se punkt 5.5 og 6.4 ovenfor.

²⁴⁷ NOU 2015: 3, s. 207; NOU 2019: 15, s. 76–77.

²⁴⁸ Prop. 214 L (2020–2021) s. 158. Om bakgrunnen for departementets manglende vurdering av hvitvaskingsloven, se blant annet s. 149.

Uten å foreta en omfattende vurdering av vilkårene i EMK artikkel 8 nr. 2, er jeg av den oppfatning at det allerede ved lovskravet vil være problematisk å utveksle informasjon som stammer fra en ikke tilstrekkelig uavhengig advokat til et annet offentlig organ.²⁴⁹ Grunnen er at det ikke virker som at lovgiver er oppmerksom på tematikken, og derfor ikke har foretatt en god nok vurdering av konvensjonsmessigheten av et slikt inngrep.²⁵⁰ De nevnte forarbeidsuttalelsene støtter etter mitt syn opp om dette.

7.4 Noen avsluttende betraktninger om vern av advokatkommunikasjon i Norge – bør vi endre kurs?

Avhandlingen har vist at det er ulike måter å forankre, begrunne og fastlegge det nærmere innholdet i vernet av advokatkommunikasjon på. I dette siste punktet skal jeg forsøke å samle trådene gjennom noen avsluttende betraktninger om det norske vernet.

Det siste tiåret har det i norsk rett skjedd en viss utvikling for hvordan vern av advokatkommunikasjon begrunnes. I Rt. 2010 s. 1638 uttrykker Høyesterett følgende i avsnitt 33:

«Begrunnelsen for taushetsplikten i § 119 er at folk skal kunne søke profesjonell behandling, hjelp eller råd fra yrkesutøvere som omfattes av bestemmelsen, uten at opplysningene de i den forbindelse gir, skal komme ut eller bli gitt videre, se Rt-2006-633 med videre henvisninger. Advokaters taushetsplikt skal altså verne fortroligheten mellom klient og advokat. Dette vil bidra til at man får materielt riktige avgjørelser og er dermed en viktig rettssikkerhetsgaranti.»

Min oppfatning er at denne begrunnelsen baserer seg på instrumentelle synspunkter.²⁵¹ Resonnementene bygger på at vernet bidrar til å skape en lojalitetsbinding mellom klienten og advokaten. Denne lojaliteten fører til at klienten overholder gjeldende rett, som igjen er en forutsetning for et velfungerende rettssystem. I sin begrunnelse for en slik innfallsvinkel, henviser Høyesterett i avsnitt 35 til Ot.prp. nr. 13 (1998–1999) Om lov om helsepersonell m v (helsepersonelloven) side 83. Bakgrunnen for henvisningen er at de hensyn som ligger bak taushetsplikten til helsepersonell, langt på vei gjør seg gjeldende også for begrunnelsen av

²⁴⁹ Økokrims adgang til å videreformidle informasjon med andre offentlige organer, følger av hvvl. § 34 nr. 2. Konkurransemyndighetenes adgang følger av fvl. § 13 b første ledd nr. 5–8, jf. krrl. § 27 tredje ledd.

²⁵⁰ Om lovgivers vurdering av konvensjonsmessigheten, se blant annet Aall (2018) s. 108–109.

²⁵¹ Om det instrumentelle perspektivet, se punkt 2.2 ovenfor.

vern av advokatkommunikasjon, jf. dommens avsnitt 36. I helsepersonellovens forarbeider er det uttrykt på side 83 at:

«Taushetsplikten begrunnes også med at pasienten skal få behandling. Dersom legen eller annet helsepersonell ikke hadde taushetsplikt, kunne pasienten unnlate å oppsøke hjelp av frykt for informasjonsflyt. Særlig aktuelt vil dette kunne være dersom pasienten har vært involvert i straffbare handlinger eller søker å unndra seg kontroll fra andre offentlige myndigheter. Et formål er nettopp at mennesker med behov for helsehjelp til seg selv, barn eller ev andre pårørende, skal oppsøke helsevesenet uavhengig av atferd eller livssituasjonen for øvrig. ... Tilsvarende vil pasienter som har oppsøkt lege kunne holde tilbake opplysninger av frykt for at legen bringer disse videre. Dette kunne medføre at legen fikk et utilstrekkelig beslutningsgrunnlag, som igjen ville kunne få uheldige følger for helsehjelpens innhold. Hensiktsmessig samhandling mellom behandler og pasient forutsetter et tillitsforhold mellom partene. Taushetsplikten skal legge forholdene til rette for at pasienten føler trygghet med hensyn til å gi informasjon som kan være nødvendig for at helsepersonell skal kunne yte et best mulig hjelpetilbud. En frykt for informasjonsspredning vil kunne være et problem for helsevesenet.»

Etter mitt syn er svakheten ved bruken av helsepersonellovens forarbeider på denne måten, at situasjonen forarbeidene skisserer ikke er sammenlignbar med klientens behov for vern av advokatkommunikasjon i rettslige prosesser.²⁵² I en rettslig prosess er det ikke advokaten som fatter den endelige avgjørelsen. Avgjørelsen fattes enten av en dommer, en ansatt i forvaltningen eller en påtalejurist. Legen, sykepleieren mv. befinner seg ikke i samme mellomposisjon som advokaten, men er derimot den som faktisk foretar avgjørelsen om hvilken helsehjelp som er best for pasienten. Av den grunn må helsepersonellet ha korrekt informasjon om pasientens helsetilstand. Uttalelsen i helsepersonellovens forarbeider bør derfor heller sammenlignes med advokatens taushets- og fortrolighetsplikt, som nettopp har størst betydning utenfor rettslige prosesser. Kun utenfor rettslige prosesser er det nemlig slik at det er advokaten som har direkte innflytelse over hvordan klienten skal forholde seg til den rettslige tvisten vedkommende står overfor.

Høyesterett har senere gått bort ifra å begrunne bevisforbudene med at de er viktige for at advokaten får et tilstrekkelig informasjonsgrunnlag. Det virker heller som at vernet

²⁵² Om rettslige prosesser, se punkt 1.1.

underbygges i hvilken rolle advokaten fyller i rettsstaten, nemlig deres «bidra[g] til at partene får en rettferdig rettergang», jf. HR-2018-104-A avsnitt 30. For å understøtte denne oppfatningen, henviser Høyesterett i samme avsnitt til «EMDs dommer henholdsvis 16. desember 1992 *Niemietz mot Tyskland* avsnitt 37 i.f. [EMD-1988-13710], 24. juli 2008 *André og andre mot Frankrike* avsnitt 31 [EMD-2003-18603] og 6. desember 2012 *Michaud mot Frankrike* avsnitt 118 [EMD-2011-12323].»

Etter mitt syn må dette forstås som at Høyesterett har gått bort fra det rent instrumentelle perspektivet, til fordel for å begrunne vernet i klientens rett til forsvar, se punkt 2.4. For øvrig trekker også departementet frem retten til en rettferdig rettergang og vernet mot selvinkriminering i sin begrunnelse av advokaters taushetsplikt.²⁵³ Foreløpig er det for tidlig å si om den nye innfallsvinkelen vil få implikasjoner for vernets materielle innhold. Jeg mener likevel det bør reises spørsmål ved om internadvokatens rettsstilling skal bestå. Med internadvokat menes her samtlige av de typetilfellene av advokat-klient-relasjoner som ikke tilfredsstiller det EU/EØS-rettslige uavhengighetskriteriet, se punkt 3.3.3 ovenfor.

Som gjennomgått i punkt 2.4 ovenfor, knytter EMD begrunnelsen av advokatprivilegiet til forsvarervalget, jf. EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav c. I den sammenheng mener jeg det er av interesse å problematisere hvilke krav som stilles til forsvarerens uavhengighet. Foreløpig har ikke EMD tatt stilling til om internadvokater er tilstrekkelig uavhengig til å forsvare sin egen arbeidsgiver.²⁵⁴ EMDs avgjørelse i *André og andre mot Frankrike*²⁵⁵ kan likevel etterlate inntrykk av at EMK stiller like krav til advokaters uavhengighet som lagt til grunn av EU-domstolen i *AM & S* og *Akzo Nobel*. I avgjørelsen henviser nemlig EMD til nettopp *AM & S* ved gjennomgangen av relevant EU-rett, se dommens avsnitt 15 nr. 5 bokstav a. Videre henviser EMD i avsnitt 18–19 til Europarådets ministerkomité sin anbefaling til medlemslandene om friheten til å utøve advokatyret, vedtatt den 25. oktober 2000:

«Conscious of the need for a fair system of administration of justice which guarantees the independence of lawyers in the discharge of their professional duties without any improper

²⁵³ Prop. 214 L (2020–2021) s. 142. Advokaters taushetsplikt må her forstås som vern av advokatkommunikasjon i rettslige prosesser.

²⁵⁴ Wils (2020) s. 26 med videre henvisninger.

²⁵⁵ *André and Other v France* [C], no. 18603/03.

restriction, influence, inducement, pressure, threats or interference, direct or indirect, from any quarter of for any reason».²⁵⁶

Min oppfatning er at Ministerkomiteens anbefaling om å oppstille tydelige krav til advokaters uavhengighet, har klare likhetstrekk med EU-rettens strenge tilnærming. Riktignok har ikke anbefalingen noen bindende virkning på medlemslandene, og det var ikke et spørsmål for EMD å vurdere uavhengigheten til advokaten i den aktuelle saken. Jeg mener likevel at både henvisningen til *AM & S* og ministerkomiteens anbefaling, tyder på at EMD er skeptisk til å akseptere at internadvokater er tilstrekkelig uavhengig til å representere sin egen arbeidsgiver hvis en slik problemstillingen kommer opp for domstolen.²⁵⁷

En slik skepsis er etter mitt skjønn velbegrunnet. Advokater skal nemlig som klar hovedregel ikke påta seg et forsvareroppdrag dersom det kan oppstå en interessekonflikt med klienten. En slik interessekonflikt kan oppstå for internadvokater når det reises sak eller tiltale mot et foretak for brudd på forvaltningsrettslige og/eller strafferettslige regler, fordi det ikke kan utelukkes at lovbruddet har en tilknytning til internadvokatens arbeidsoppgaver.²⁵⁸

Internadvokaten kan derfor bli innkalt til å vitne mot sin egen arbeidsgiver om forhold som faller utenfor strpl. § 119, jf. strpl. § 108.²⁵⁹ Dersom lovbruddets tilknytning til internadvokaten skulle være så kvalifisert at vedkommende er «mistenkt for å være medskyldig[...] i det straffbare forhold[et]», eksisterer intet vern av advokatkommunikasjon overhodet, jf. strpl. § 204 annet ledd første punktum. Av disse grunner bør internadvokater etter dagens regelverk være svært varsomme med å påta seg forsvareroppdrag for egen arbeidsgiver mv.²⁶⁰

²⁵⁶ Recommendation No. R(2000)21 of the Committee of Ministers to member States on the freedom of exercise of the profession of lawyer (adopted by the Committee of Ministers on 25 October 2000 at the 727th meeting of the Ministers' Deputies).

²⁵⁷ I samme retning, se GA Kokotts innstilling i *Akzo Nobel* [GC], C-550/07 P, avsnitt 141–153.

²⁵⁸ Om tilsvarende betraktninger i dansk rett, se Bryde Andersen (2006) s. 387.

²⁵⁹ Om den nærmere grensen for hva som omfattes av bevisforbudet, se punkt 5.3 ovenfor.

²⁶⁰ Riktignok kan internadvokater prosedere på vegne av selskapet ved delegasjon fra selskapets opprinnelige stedfortreder («selvprosederende part»), jf. tvl. § 2-5 nr. 2 jf. § 3-1 nr. 1. Mitt inntrykk er likevel at dette kun vil være aktuelt i særlige tilfeller, fordi selskapets direktør, styreleder mv. i de fleste saker vil være en mer naturlig representant for selskapet enn dets internadvokater.

Departementet er likevel av den oppfatning at «det ikke er grunn til å gjøre generelle endringer i internadvokatenes taushetsplikt på bakgrunn av EU-domstolens avgjørelser på konkurranserettens område.»²⁶¹ Begrunnelsen synes utelukkende å bygge på pragmatiske hensyn. Blant annet vektlegger departementet at mange store og små bedrifter benytter seg av internadvokater, samt at taushetsplikt for internadvokater ikke er et særnorsk fenomen.²⁶² I den sammenheng er departementets valg av spørsmålsstilling interessant. Fremfor å stille spørsmål ved hvorfor internadvokater *bør* omfattes av bevisforbudet, stiller departementet spørsmål ved hvorfor de *ikke* skal omfattes. Sett i lys av at bevisforbudet er et unntak fra opplysnings- og vitneplikt, er det vel heller hvem som omfattes av bevisforbudet som behøver en utførlig begrunnelse. Vurderingen til departementet er følgelig ikke *eksplisitt* begrunnet i hensynet til en velfungerende rettspleie, som skissert innledningsvis i omtalen av advokaters taushetsplikt.²⁶³ Hvorvidt internadvokater kan forsvare sin egen arbeidsgiver slik at bevisforbudet aktualiseres av den grunn, vurderes heller ikke.²⁶⁴

Etter mitt syn er det paradoksalt at internadvokater er omfattet av bevisforbudet samtidig som de sjelden kan forsvare egen arbeidsgiver mot forvaltningen og påtalemyndigheten, av hensyn til risikoen for interessekonflikt. I tråd med EU-rettens tilnærming, og fordi Høyesterett – influert av EMDs praksis – nå begrunner bevisforbudet i klientens rett til forsvar, mener jeg de beste grunner taler for å frata internadvokater privilegiet at kommunikasjon med egen arbeidsgiver, er vernet mot innsyn.

²⁶¹ Prop. 214 L (2020–2021) s. 150. «[I]nternadvokatenes taushetsplikt» må her forstås som vern av advokatkommunikasjon i rettslige prosesser.

²⁶² Departementet henviser til *Akzo Nobel, C-550/07 P [GC]*, avsnitt 103. For en gjennomgang av hvilke EU-land som innrømmer internadvokater vern av advokatkommunikasjon, se punkt 3.3.1 ovenfor.

²⁶³ Prop. 214 L (2020–2021) s. 142.

²⁶⁴ Prop. 214 L (2020–2021) s. 20–27.

Registre

Lover mv.

Norske lover

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)

Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven)

Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)

Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)

Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring av norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)

Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven)

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Lov 5. mars 2004 nr. 11 om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven)

Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Lov 1. juni 2018 nr. 23 om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering (hvitvaskingsloven)

Lov 15. juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven)

Forskrifter

Forskrift 20. desember 1996 nr. 1161 til domstolloven kapittel 11 (Advokatforskriften)

Forskrift 11. desember 2013 nr. 1491 om opplysningsplikt og bevissikring

Lovforarbeider

Utredninger

NOU 2001: 28 Delinnstilling om endringer i konkurranselovgivningen

NOU 2001: 32 B Rett på sak – Lov om tvisteløsning (tvisteloven)

NOU 2015: 3 Advokaten i samfunnet: Lov om advokater og andre som yter rettslig bistand

NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov

NOU 2016: 27 Ny lovgivning om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering II: Andre delutredning

NOU 2019: 15 Skatterådgiveres opplysningsplikt og taushetsplikt: Forslag til opplysningsplikt om skattearrangement

Proposisjoner

Ot.prp. nr. 13 (1998–1999) Om lov om helsepersonell m v (helsepersonelloven)

Ot.prp. nr. 72 (2002–2003) Lov om tiltak mot hvitvasking av utbytte fra straffbare handlinger mv. (hvitvaskingsloven)

Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven)

Prop. 40 L (2017–2018) Lov om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering (hvitvaskingsloven)

Prop. 214 L (2020–2021) Lov om advokater og andre som yter rettslig bistand (advokatloven)

Traktater

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. november 1950 (EMK)

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde av 2. mai 1992 (EØS-avtalen)

Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol av 2. mai 1992 (ODA)

Charter of Fundamental Rights of The European Union, OJ C 202, 7. juni 2016, s. 391–407 (EU-pakten)

The Treaty on European Union, OJ C 202, 7. juni 2016 (TEU)

The Treaty on the Functioning of The European Union, OJ C 202, 7. juni 2016 (TFEU)

EU-forordninger, -direktiver, -statutter, og -vedtekter

Rådets forordning (EEC) nr. 17/1962 av 6. februar 1962 om anvendelse av bestemmelsene i traktatens artikkel 85 og 86 (forordning 17)

Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 av 16. desember 2002 om gjennomførelse av konkurransereglene i traktatens artikkel 81 og 82 (forordning 1)

EU-domstolens forretningsorden og prosessreglement, OJ L 265, 29. september 2012, s. 1–42 (EU-domstolens vedtekter)

Europa-parlamentets og Rådets direktiv 2014/104/EU av 26. november 2014 om visse regler for søksmål i henhold til nasjonal rett angående erstatning for overtredelser av bestemmelser i medlemsstatenes og Den Europeiske Unions konkurranserett (The European Damages Directive)

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2015/849/EU av 20. mai 2015 om tiltak for å beskytte det finansielle system mot hvitvasking og terrorfinansiering (EUs fjerde hvitvaskingsdirektiv)

Protokoll nr. 3 vedrørende statuttene for Den europeiske unions domstol, OJ C 202, 7. juni 2016 (EU-domstolens statutt)

EØS-protokoller

Avtale om endring av Protokoll 4 kapittel II til Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol, 24. september 2004 (ODA protokoll 4 kapittel II)

Protocol 5 to the ESA/Court Agreement on the Statute of the EFTA court, amended 2010 (EFTA-domstolens statutt)

Annet

Recommendation No. R(2000)21 of the Committee of Ministers to member States on the freedom of exercise of the profession of lawyer (adopted by the Committee of Ministers on 25 October 2000 at the 727th meeting of the Ministers' Deputies).

Rettspraksis mv.

EU-domstolen

Dom av 4. juli 1963, *Maurice Alvis v Council of the European Economic Community*, C-32/62, EU:C:1963:15

Dom av 31. oktober 1974, *Centrafarm BV and Adriaan de Peijper v Sterling Drug Inc.*, C-15/74, EU:C:1974:114

Dom av 16. desember 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG and Rewe-Zentral AG v Landwirtschaftskammer für das Saarland*, C-33/76, EU:C:1976:188

Dom av 16. desember 1976, *Comet BV v Produktschap voor Siergewassen*, C-45/76, EU:C:1976:191

Dom av 17. desember 1981, *René Demont v Commission of the European Communities*, C-115/80, EU:C:1981:308

Dom av 18. mai 1982, *AM & S Europe Limited v Commission of the European Communities*, C-155/79, EU:C:1982:157

Dom av 18. oktober 1989, *Orkem v Commission of the European Communities*, C-374/87, EU:C:1989:387

Dom av 13. April 2000 [C3], *Kjell Karlsson and Others*, C-292/97, EU:C:2000:202

Dom av 10. april 2003 [C3], *Joachim Steffensen*, C-276/01, EU:C:2003:228

Dom av 14. september 2010 [GC], *Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akros Chemicals Ltd v European Commission*, C-550/07 P, EU:C:2010:512

Dom av 29. september 2010 [C3], *European Renewable Energies Federation ASBL v European Commission*, C-74/10 P, EU:C:2010:557

Dom av 7. desember 2010 [GC], *Vlaamse federatie van verenigingen van Brood- en Banketbakkers, Ijsbereiders en Chocoladebewaterkers (VEBIC) VZW*, C-439/08, EU:C:2010:739

Dom av 6. september 2012 [C3], *Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej and Republic of Poland v European Commission*, C-422/11 P, EU:C:2012:553

Dom av 18. juni 2013 [GC], *Bundeswettbewerbshörde and Bundeskartellanwalt v Schenker & Co. AG and Others*, C-681/11, EU:C:2013:404

Dom av 5. september 2013 [C3], *ClientEarth v Council of the European Union*, C-573/11 P, EU:C:2013:564

Dom av 4. februar 2020 [GC], *Uniwersytet Wroclawski and Republic of Poland v Research Executive Agency*, C-515/17 P, EU:C:2020:73

Generaladvokatenes innstillinger

GA Warner sin innstilling av 20. januar 1981, *AM & S Europe Limited v Commission of the European Communities*, C-155/79, EU:C:1981:9

GA Slynn sin innstilling av 26. januar 1982, *AM & S Europe Limited v Commission of the European Communities*, C-155/79, EU:C:1982:17

GA Kokott sin innstilling av 29. april 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akros Chemicals Ltd v European Commission*, C-550/07 P, EU:C:2010:229

GA Bobek sin innstilling av 29. september 2019, *Uniwersytet Wroclawski and Republic of Poland v Research Executive Agency*, C-515/17 P, EU:C:2019:774

Underretten

Dom av 12. desember 1991, *Hilti AG v Commission*, T-30/89, EU:T:1991:70

Dom av 8. desember 1999, *Euro-Lex European Law Expertise GmbH v Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs)*, T-79/99, EU:T:1999:312

Dom 13. januar 2005, *Sulvida – Companhia de alienação de terrenos, Lda v Commission of the European Communities*, T-184/04, EU:T:2005:7

Dom av 17. september 2007, *Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akros Chemicals Ltd v Commission of the European Communities*, T-125/03, EU:T:2007:287

Dom av 6. September 2011, *ClientEarth v Council of the European Union*, T-452/10, EU:T:2011:420

Dom av 20. november 2017, *BikeWorld GmbH v European Commission*, T-702/15, EU:T:2017:834

Dom av 30. mai 2018, *PJ v European Union Intellectual Property Office*, T-664/16, EU:T:2018:517

EU-kommisjonen

85/79/EEC 1984, L 035, *John Deere*

EFTA-domstolen

Sak E-08/13, *Abelia v EFTA Surveillance Authority*

Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD)

Michaud v France [C] no 12323/11, ECHR 2012

André and Other v France [C] no 18603/03, ECHR 2008

Norges Høyesterett

Rt. 1999 s. 911 A

Rt. 1999 s. 1269 A

Rt. 2000 s. 2167 U (Balder-kjennelsen)

Rt. 2006 s. 1071 A

Rt. 2008 s. 645 U

Rt. 2009 s. 1557 U

Rt. 2010 s. 1638 A

Rt. 2012 s. 868 U

Rt. 2012 s. 1639 U

Rt. 2014 s. 773 A

HR-2018-104 A

HR-2018-2403-A

Utenlandske dommer

«*United States of America v Philip Morris INC & ORS*» (2003) EWHC 3028 (England and Wales High Court: Commercial Court)

Litteratur

Bøker

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utg., Fagbokforlaget 2018

Auburn, Jonathan, *Legal Profession Privilege: Law and Theory*, Hart Publishing 2000

Bryde Andersen, Mads, *Advokatretten*, Advokaternes Serviceselskab A/S 2005

Bull, Henrik, *Det indre marked for tjenester og kapital*, Universitetsforlaget 2002

Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 3. utg., Fagbokforlaget 2018

Graver, Hans Petter og Erling Hjelmeng, *Norsk konkurranserett: Bind II – prosess og sanksjoner*, Universitetsforlaget 2006

Horspool, Margo, Matthew Humphreys og Michael Wells-Greco, *European Union Law*, 9. utg., Oxford University Press 2016

Skoghøy, Jens Edvin A., *Twisteløsning*, 3. utg., Universitetsforlaget 2017

Stub, Marius, *Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet*, Universitetsforlaget 2011

Tridimas, Takis, *The General Principles of EU Law*, 2. utg., Oxford University Press 2006

Vaughan, David, Sarah Lee, Brian Kennelly og Philip Riches, *EU Competition Law: General Principles*, Oxford University Press 2006

Woxholth, Geir, *God Advokatskikk*, Gyldendal Norsk Forlag 2018

Øyen, Ørnulf, *Vern mot selvinkriminering i straffeprosessen*, Fagbokforlaget 2010

Øyen, Ørnulf, *Straffeprosess*, 2. utg., Fagbokforlaget 2019

Artikler

Burkard, Peter H., «Attorney-client privilege in the EEC: The Perspective of Multinational Corporate Counsel» *The International Lawyer, American Bar Association, Volume 20, Issue 2* 1986, s. 677–688

Christoforou, Theofanis, «Protection of legal privilege in EEC competition law: The imperfections of a case» *Fordham International Law Journal, Volume 9, Issue 1* 1985, s. 1–62

Danet, Brenda, Kenneth B. Hoffman og Nicole C. Kermish, «Obstacles to the Study of Lawyer-Client Interaction: The Biography of a Failure» *Law & Society Review, Volume 14, Issue 4* 1980, s. 905–922

Derlén, Mattias og Johan Lindholm, «Characteristics of Precedent: The Case Law of the European Court of Justice in Three Dimensions» *German Law Journal, Volume 16, Issue 5* 2015, s. 1073–1098

EFTAs overvåkningsorgan, «EØS-tillegget» *til Den europeiske unions tidende, norsk utgave, 13. årgang, nr. 59* 2006

Farantouris, Nikolaos E., «Protection of communications in cartel investigations» i *An Information Law for the 21st century*, Maria Bottis, Nomiki Bibliothiki Group 2011, s. 14–22

Fredriksen, Halvard Haukeland, «Tvisteloven og EØS-avtalen» *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2008, s. 289–359

Fredriksen, Halvard Haukeland, «Hvem avgjør tolkningen av EØS-avtalen? – noen betraktninger om størrelsen "gjeldende rett"» *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2010, s. 247–287

Gippini-Fournier, Eric, «Legal Profession Privilege in Competition Proceedings before the European Commission: Beyond the Cursory Glance» *Fordham International Law Journal*, Volume 28, Issue 4 2005 s. 967–1048

Graver, Hans Petter, «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger» *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2008, s. 149–178

Hjelmeng, Erling, «Advokatprivilegiet i konkurransesaker – Særlig om internadvokater», *Industribygging og rettsutvikling. Juridisk festskrift i anledning Hydros 100-årsjubileum* 2005, s. 391–408

Jones, Alison, «The Boundaries of an Undertaking in EU Competition Law» *European Competition Journal* Volume 8, Issue 2 2012, s. 301–331

Konkurransetilsynet, «Treatment of legally privileged information in competition proceedings – Note by Norway» *OECD Competition Committee DAF/COMP/WP3/WD* 2018

Lallemand-Kirche, Geneviève, Caroline Tixier og Henri Piffaut, «The Treatment of State-owned Enterprises in EU Competition Law: New Developments and Future Challenges» *Journal of European Competition law & Practice*, Volume 8, Issue 5 2017, s. 295–308

Ritter, Cyril, «A New Look at the Role and Impact of Advocates-General – Collectively and Individually» *Columbia Journal of European Law* 12, no. 3 2006, s. 751–774

Rognstad, Ole-Andreas, «EU-domstolen avgjør ikke alltid tolkningen av EØS-avtalen – en replikk til Halvard Haukeland Fredriksen» *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2011, s. 658–668

Rui, Jon Petter, «Om advokaters taushetsplikt og ransaking og beslag ved advokatkontor» *Tidsskrift for strafferett* 2013, s. 296–340

Schmid-Drüner, Marion, «Legal professional privilege after *Akzo* – case closed? – On companies' struggle against legal uncertainty» *Bucerius Law Journal* 2011, s. 25–32

Skoghøy, Jens Edvin A., «Advokaters taushetsplikt og de korresponderende bevisforbud i tvisteloven §§ 22-5 og straffeprosessloven § 119» *Tidsskrift for strafferett* 2013, s. 165–197

Terry, Laurel S., «Introductory note to the Court of Justice of the European Union: The Akzo Nobel EU attorney-client privilege case» *International Legal Materials, Volume 50, No 1* 2011, s. 1–4

Wils, Vouter P.J., «Legal Professional Privilege in EU Antitrust Enforcement: Law, Policy & Procedure» *OECD Competition Committee, Working Party No 3 on Co-operation and Enforcement* 2018

Wils, Vouter P.J., «Fundamental Procedural Rights and Effective Enforcement of Articles 101 and 102 TFEU in the European Competition Network», *World Competition, Volume 43, Issue 1* 2020, s. 5–34