

NOTAT

Til: Advokatforeningen v/ Øyvind Precht-Jensen
Fra: Kvale Advokatfirma DA v/ Gjermund Mathisen |
Wikborg Rein Advokatfirma AS v/ Torje Sunde
Ansvarlig advokat: Gjermund Mathisen |
Torje Sunde
Dato: 19. desember 2023
Vedrørende: **Betenkning – forsikringsadvokater**

Innhold

1	INNLEDNING OG KONKLUSJONER.....	1
2	OM KRAVENE TIL ORGANISERINGEN AV ADVOKATVIRKSOMHET I NY ADVOKATLOV.....	2
2.1	Kapittel 7 i ny advokatlov.....	2
2.2	Hensynene bak.....	3
2.3	Bakgrunnen for at det tillates organisering som internadvokat- og organisasjonsadvokatvirksomhet	6
3	KAN REGLENE OM ORGANISERING AV ADVOKATVIRKSOMHET OPPRETTHOLDES ETTER EØS-RETTE DERSOM MAN TILLATER FORSIKRINGSSKAP Å TILBY ADVOKATTJENESTER TIL EKSTERNE?	6
3.1	Problemstillingen og videre drøftelse	6
3.2	EØS-rettslige utgangspunkter	7
3.2.1	Etableringsretten og tjenestefriheten i EØS-avtalens hoveddel.....	7
3.2.2	Særlig om tjenstedirektivet artikkel 15 nr. 2 bokstav c.....	8
3.3	Reglene om organisering av advokatvirksomhet i advokatloven kapittel 7 utgjør restriksjoner.....	9
3.4	Kan reglene om organisering av advokatvirksomhet anses <i>rettferdiggjort</i> – dersom man nå tillater forsikringsselskap å yte advokattjenester til eksterne?	10
3.4.1	Innledning	10
3.4.2	Advokatlovens regler om organisering av advokatvirksomhet – lovlig formål, egnethet og nødvendighet	10
3.4.3	Kravet til konsistens	11

1 INNLEDNING OG KONKLUSJONER

Vi viser til oppdrag fra Advokatforeningen. Vi er bedt om å gi en EØS-rettslig betenkning av om reglene om organisering av advokatvirksomhet kan opprettholdes dersom forslag til ny advokatforskrift § 9 vedtas. Bestemmelsen gir forsikringsforetak tillatelse til å utøve advokatvirksomhet som del av en rettshjelpsforsikring. Etter avtale med Advokatforeningen har vi utarbeidet denne betenkningen i fellesskap.

Kjernen i vårt syn er dette:

- Etter vårt syn risikerer en vedtakelse av advokatforskriften § 9 å underminere EØS-lovligheten av reglene om organisering av advokatvirksomhet.

- Etter advokatloven kan utøvelse av advokatvirksomhet bare organiseres på bestemte måter. Utøvelse av advokatvirksomhet i næring og til fordel for andre enn arbeidsgiver må utøves i et advokatforetak som tilfredsstillende bestemte eierskaps- og styrekrav. Dette er begrunnet i hensynet til at advokaten skal være økonomisk og faglig uavhengig, og at advokatens lojalitet skal ligge hos klienten – og hos ikke eiere med mulige andre interesser.
- Etter EØS-retten er reglene om organisering av advokatvirksomhet i advokatloven en restriksjon som må rettfærdiggjøres. Isolert sett mener vi reglene i advokatloven kan rettfærdiggjøres ettersom de forfølger legitime hensyn, er egnede og nødvendige. I den forbindelse er det av betydning at reglene i advokatloven tilsikter et høyt beskyttelsesnivå når det gjelder uavhengigheten til advokater som utøver slik advokatvirksomhet som nevnt.
- Denne konklusjonen blir høyst tvilsom dersom advokatforskriften tillater forsikringsforetak å tilby advokatvirksomhet til eksterne klienter som del av en rettshjelpsforsikring. Dette vil representere et vesentlig unntak fra lovens utgangspunkt om at slik virksomhet må organiseres i et advokatforetak hvor eierskaps- og styrekravene er oppfylt.
- Etter vårt syn er det vanskelig å se at begrunnelsen bak eierskaps- og styrekravene i et advokatforetak – at advokaten skal være økonomisk og faglig uavhengig, og at advokatens lojalitet skal ligge hos klienten – ikke gjør seg gjeldende på tilsvarende måte når advokatvirksomhet utøves av et forsikringsforetak. At advokaten er uavhengig, og at advokatens lojalitet skal ligge hos klienten, er like viktig i en slik sammenheng som når advokatvirksomhet ytes av et advokatforetak. Hensynene bak reglene om organisering av advokatvirksomhet forfølges dermed på en inkonsekvent hvis advokatforskriften åpner for at forsikringsforetak får tilby advokatvirksomhet til eksterne klienter, uten å måtte oppfylle de samme eierskaps- og styrekravene som advokatforetak.
- En slik inkonsistens i lovgivningen vil etter rettspraksis få betydning for den EØS-rettslige nødvendighetsprøvingen av en restriksjon. Dersom et annet foretak – for eksempel et konsultantselskap – ønsker å starte advokatvirksomhet uten å tilfredsstillende reglene i advokatloven § 21, kan dette foretaket vise til inkonsistensen i den nasjonale lovgivningen og da ha grunnlag for å hevde at det står overfor en urettmessig restriksjon. Staten har da bevisbyrden for at restriksjonen likevel er rettfærdiggjort. Det fremstår imidlertid som vanskelig å bevise at reglene om organisering av advokatvirksomhet er nødvendige, når staten samtidig har vist at reglene ikke er nødvendige å følge når advokatvirksomhet utøves av et forsikringsforetak.

2 OM KRAVENE TIL ORGANISERINGEN AV ADVOKATVIRKSOMHET I NY ADVOKATLOV

2.1 Kapittel 7 i ny advokatlov

I ny advokatlov kapittel 7 er det gitt regler om organisering av advokatvirksomhet. Etter lovens bestemmelser kan advokatvirksomhet bare organiseres på tre måter, jf. § 19 første ledd.

For det første kan advokatvirksomhet organiseres *gjennom advokatforetak*, og hvor advokatvirksomheten på vegne av advokatforetaket utøves av en advokat eller fullmektig på vegne av advokaten, jf. § 20 annet ledd. Advokatforetaket skal organiseres som foretak eller som enkeltpersonsforetak som eies av en advokat, jf. advokatloven § 21 første ledd. I tillegg gjelder følgende krav:

- Bare personer som utøver en vesentlig del av sin yrkesaktivitet i et advokatforetak, kan være eiere i foretaket – enten direkte eller indirekte via et holdingselskap, jf. § 21 annet ledd (heretter "eierskapskravet").
- Har advokatforetaket et styre, skal advokater som utøver en vesentlig del av sin yrkesaktivitet i foretaket, til enhver tid utgjøre flertallet i styret, jf. § 21 tredje ledd (heretter "styrekravet"). Det er angitt bestemte persongrupper som ikke kan sitte i styret.
- Det er også krav til vandel og skikkethet for eierne og ledelsen i advokatforetaket, jf. § 22 (heretter "vandel og egnethetskravene").

For det andre tillates advokatvirksomhet organisert som *internadvokatvirksomhet*. Dette innebærer at en arbeidsgiver kan ha ansatte advokater som utøver advokatvirksomhet i form av bistand til arbeidsgiveren ("internadvokater"), jf. loven § 24. I tillegg kan internadvokaten yte bistand til visse andre som er i interessefelleskap med arbeidsgiveren.¹ Internadvokaten kan imidlertid ikke yte bistand til andre "som del av arbeidsgiverens forretningskonsept", jf. § 24 første ledd siste punktum. Dette skiller internadvokatvirksomheten fra den alminnelige advokatvirksomhet i et advokatforetak.

For det tredje tillates advokatvirksomhet organisert som *organisasjonsadvokatvirksomhet*. Dette innebærer at en organisasjon kan ha ansatt organisasjonsadvokat som yter bistand til medlemmene eller andre, jf. § 25. Organisasjonen skal ikke ha noe økonomisk formål med advokatvirksomheten, jf. § 25 første ledd siste punktum. Dette siste skiller altså organisasjonsadvokatvirksomheten fra den alminnelige advokatvirksomhet i et advokatforetak.

2.2 Hensynene bak

Fremstillingen ovenfor viser at advokatvirksomhet må organiseres gjennom et advokatforetak, med mindre det er tale om internadvokat- eller organisasjonsadvokatvirksomhet. Advokatforetaket er underlagt eierskapskrav og styrekrav, samt at eierne og ledelsen må tilfredsstille vandels- og skikkethetskrav.

Bakgrunnen for eierskapskravet er *hensynet til at advokaten skal være økonomisk og faglig uavhengig, og at advokatens lojalitet skal ligge hos klienten*.

I NOU 2015: 3, punkt 14.2.4.1, s. 181, sies det generelt om eierskapskravet:²

"Utvalget er av den oppfatning at eierreguleringene slik de i hovedsak praktiseres i advokatforetak i Norge i dag, bør videreføres. Utvalget slutter seg til de generelle formuleringene i forarbeidene til dagens regelverk i domstolloven: Bakgrunnen for å regulere eierforholdene i advokatselskaper er ønsket om å opprettholde en selvstendig advokatstand som ikke står i avhengighetsforhold til andre enn klientene. En eier vil ha utstrakt mulighet for innflytelse på virksomheten gjennom sitt eierskap, noe som kan komme i konflikt med prinsippet om at advokatene skal være både økonomisk og faglig uavhengige, og at advokatens lojalitet skal ligge hos klienten. Dette er også begrunnelsen i andre land hvor det er oppstilt eierbegrensninger for advokatforetak. I Danmark kan andre ansatte enn advokater eie inntil ti prosent av aksjene eller andelene i selskapet, se punkt 6.4.5. I Sverige er utgangspunktet at bare advokater kan være eiere eller deleiere i et advokatselskap, se punkt 7.6.

¹ Etter lovbestemmelsen kan internadvokaten i et privat foretak yte bistand til virksomheter som inngår i konsern med arbeidsgiveren, og en offentlig internadvokat tillates å yte bistand til offentlige virksomheter som samarbeider med arbeidsgiveren. I tillegg kan internadvokater yte advokatbistand til andre i interessefelleskap med arbeidsgiveren

² Understrekingene i det følgende er våre.

Advokatvirksomhet består ofte i å ivareta en klients interesser overfor en motpart. Ingen andre profesjoner representerer klienter overfor motparter i så stor utstrekning som advokater. Advokatvirksomhet særpreges derfor av et sterkt behov for å verne klientene mot at advokater på en eller annen måte kommer i et lojalitets- eller avhengighetsforhold til andre enn klienten. Etter utvalgets syn bør advokater derfor underlegges særlige regler for organisering av virksomheten, som sikrer et best mulig grunnlag for å ivareta hensynet til klientene."

Utvalget fant at formålet bak eierskapskravet ikke kunne vært ivaretatt på annen måte (s. 182):

"Formålet med eierkravene er å ha rammer for advokaters virksomhet som sikrer uavhengighet av andre interesser, herunder interessene til fremmede investorer. Utvalget har vurdert om dette formålet kunne vært ivaretatt på andre måter, som for eksempel ved å begrense eksterne eieres innflytelse, eller stille krav om at eksterne eller interne eiere har gjennomgått advokatutdanning, slik man har gjort i Danmark. I Danmark er det for øvrig slik at alle eiere må utøve yrkesaktivitet i advokatforetaket."

I punkt 14.2.4.1.1 (s. 182) drøftes eierskapskravet særskilt. Først sies det at

"hensynet til utenforstående investorers mulighet til fortjeneste, eller advokaters interesse i å kunne realisere eierandeler, anses ikke å veie tungt i forhold til hensynet til publikums behov for uavhengig advokatbistand."

Deretter står det:

"Eksterne eiere vil i første rekke ha kommersielle interesser i selskapet, og vil ventelig vektlegge foretakets økonomiske interesser fremfor andre interesser. Det vil være i eiernes interesser å ivareta klienten som kunde, men utvalget peker på at det er en viktig forskjell mellom det å ivareta klientens interesser ut fra kommersielle betraktninger, og det å ivareta klientens interesser fordi advokaten er forpliktet til å opptre lojalt mot klienten og sette klientens interesser foran egne interesser. Forutsetningen om at advokaten gjør en uavhengig vurdering og utelukkende ivaretar klientens interesser, vil kunne svekkes hvis eksterne eiere forfekter andre hensyn."

Allerede i dag synes advokater, både ansatte og eiere, særlig i større advokatforetak, å være opptatt av økonomiske incitament og inntjeningskrav. Advokatene må innrette seg etter advokatforetakets krav til kundeprofil, salæravregning, forventet inntjening og så videre. Også advokater som eiere har altså incitament og mål som er styrt av økonomiske interesser. På den annen side er det advokatene personlig som håndterer og står ansvarlig overfor klientene, for både den faglige og den etiske forvaltningen av klientens interesser. Utvalget mener derfor at advokatene som utøver yrkesaktivitet i advokatforetaket, er best egnet til å sørge for at hensynet til foretakets økonomiske og kommersielle interesser avveies på en riktig måte slik at disse hensynene ikke kommer i konflikt med de grunnleggende prinsippene om lojalitet til klienten og ivaretagelse av klientens interesser."

Utvalget legger altså til grunn at målet om at advokaten gjør en uavhengig vurdering og utelukkende ivaretar klientens interesser, kan svekkes dersom eksterne eiere tillates.

Utvalget peker også på andre negative konsekvenser som kan oppstå ved eksterne eiere, bl.a. at eksterne eiere kan øke faren for interessekonflikter, og at interessekonflikter mellom klienter og eiere vil være vanskeligere å avklare enn de interessekonfliktene som foreligger internt i foretaket.

I Prop. 214 L (2020–2021) bygget departementet i stor grad på utvalgets forslag til regler om organisering av advokatvirksomhet. Generelt (punkt 12.7.1, s. 120–121) ble det uttalt at:

"Prinsippene om advokaters uavhengighet og at advokatene skal ha det personlige ansvaret for sine advokathandlinger vil fortsatt være bærende hensyn bak reglene om organisering av advokatvirksomhet.

I høringen og den etterfølgende debatten har det blitt pekt på behov for eksterne eiere og ekstern kapital i advokatforetakene som viktige tiltak for å bidra til økt innovasjon og utvikling av nye teknologiske løsninger i bransjen. Utvalget har i liten grad utredet spørsmålet om eksternt eierskap, og det er ikke grunnlag for å foreslå en slik endring nå. Departementet mener spørsmålet om eksternt eierskap i advokatforetak bør vurderes særskilt i en egen utredning."

Departementet valgte imidlertid å ikke følge opp utvalgets forslag om at bare advokater skulle kunne være eiere i advokatforetak. Til gjengjeld tok departementet inn kravet, som utvalget hadde foreslått droppet, om at eierne må utøve en vesentlig del av sin yrkesaktivitet i foretaket, se proposisjonen, punkt 12.7.2.4, s. 124.

De foreslåtte eierskapskravene i advokatloven § 21 samsvarer med dagens regler i domstolloven § 231. Som det fremgår ovenfor, sluttet også utvalget seg i hovedsak til dagens regler i domstolloven (NOU 2015: 3, punkt 14.2.4.1, s. 181). Det kan derfor også være av interesse å se hen til hvordan dagens regler er begrunnet. I Ot.prp. nr. 7 (1990–1991) ble det om dagens regler uttalt:

"Begrunnelsen for slike regler må søkes i ønsket om å opprettholde en selvstendig advokatstand som ikke står i avhengighetsforhold til andre enn klientene." (s. 60)

På s. 63–64 er dette utdypet nærmere. Det ble eksplisitt tatt avstand fra at formålet bak eierskapskravet kunne oppnås like effektivt ved å lovfeste uavhengighetskravet:

"Det er ikke heldig om et advokatselskap påtar seg et oppdrag for en klient mot en motpart som har eierinteresser i selskapet. Selv om den advokaten som utfører oppdraget, skal sikres en lovfestet uavhengighet fra selskapet under utførelsen av oppdraget, vil advokaten bevisst eller ubevisst kunne la seg influere av hensynet til eierne. Allerede muligheten for at klienten ikke vil ha full tillit til advokatens lojalitet, tilsier at en slik konstellasjon bør søkes forhindret. En må her huske på at en advokat må foreta en mengde skjønnsmessige avgjørelser hvor en ikke kan ta utgangspunkt i utfallet for å teste advokatens lojalitet overfor sin klient. Det er derfor viktig å søke å forhindre at advokaten i første omgang handler under innflytelse av motstridende interesser. Alene kunnskapen om at advokatselskaper kunne være eiet av utenforstående, kunne dessuten for enkelte klienter svekke tilliten til advokaten."

I tillegg ble det påpekt hvordan fravær av eierskapskrav kunne føre til taktiske oppkjøp:

"Det er ikke tilstrekkelig med en regel om at klientene skal gjøres kjent med hvem som eier andeler i selskapet. [...] En kan lett forestille seg at en part kunne tenkes å ville erverve en større andel i det advokatselskapet motparten hadde engasjert, for å sette det ut av spill.

Selv om en åpnet for utenforstående eiere under forutsetning av at selskapet gjorde sine klienter oppmerksom på eiermessig tilknytning til klientens motpart, ville en ikke forebygge mange lett tenkelige, uheldige situasjoner.

I mange advokatspesialiteter er miljøet så snevert at det ikke vil være noe økonomisk problem for enkelte utenforstående å kjøpe seg inn i alle selskaper med god kompetanse på området. I mindre byer vil det ikke være noe økonomisk problem for enkelte å kjøpe seg inn i samtlige advokatselskaper på stedet. [...]

Den enkelte advokats selvstendighet under utførelsen av oppdrag gjelder ikke spørsmål som hvilken type oppdrag selskapet skal påta seg, for hvem selskapet skal påta seg

oppdrag og hvilket vederlag som skal kreves. En utenforstående, dominerende eier som brukte sin eierinnflytelse til å ivareta sine egne interesser i disse spørsmålene, kunne derfor utsette sine potensielle motparter for rettsfornektelse."

2.3 Bakgrunnen for at det tillates organisering som internadvokat- og organisasjonsadvokatvirksomhet

Advokatloven tillater at advokatvirksomhet også organiseres som internadvokat- eller organisasjonsadvokatvirksomhet. Slike virksomheter vil altså ikke være underlagt de samme eierskaps- og styrekravene som advokatforetaket, og det kan stilles spørsmål om bakgrunnen for dette.

Når det gjelder internadvokatene, særpreges disse ved at de bare kan yte rettshjelp til sin arbeidsgiver og andre i interessefellesskap med arbeidsgiveren. Det er forbudt å yte bistand til andre "som del av arbeidsgiverens forretningskonsept", jf. § 24 første ledd siste punktum. Denne begrensningen er begrunnet i reglene om organisering av advokatforetak og forbudet mot eksternt eierskap der, jf. Prop. 214 L (2020–2021), s. 131. Skal slik bistand ytes, må altså virksomheten organiseres som advokatforetak og tilfredsstillende eierskaps- og styrekravet. Loven bygger altså på at det er relevante forskjeller mellom internadvokatvirksomhet og advokatforetak, som gjør at uavhengighetshensynet ikke nødvendiggjør slike eierskaps- og styrekrav som gjelder for advokatforetak.

Organisasjonsadvokaten kan ha eksterne klienter, i tillegg til å tilby bistand til organisasjonens medlemmer. Forskjellen fra advokatforetaket er imidlertid at organisasjonen ikke kan ha et økonomisk formål med advokatvirksomheten. Dersom organisasjonen har et slikt økonomisk formål, må virksomheten organiseres som et advokatforetak, jf. Prop. 214 L (2020–2021), s. 134. Igjen ser man at lovgiver har ansett dette som en relevant forskjell fra advokatforetaket, og som gjør at uavhengighetshensynet ikke tilsier slike eierskaps og styrekrav som for advokatforetaket.

3 KAN REGLENE OM ORGANISERING AV ADVOKATVIRKSOMHET OPPRETTHOLDES ETTER EØS-RETTE DERSOM MAN TILLATER FORSIKRINGSSKAP Å TILBY ADVOKATTJENESTER TIL EKSTERNE?

3.1 Problemstillingen og videre drøftelse

Advokatloven § 19 annet ledd gir departementet kompetanse til å tillate organisering av advokatvirksomhet på en ytterligere måte. Departementet kan gi forskrift om at advokatvirksomhet som utøves av forsikringsforetak som tilbyr rettshjelpsforsikring, kan organiseres på en annen måte enn det som følger av lovens bestemmelser. Departementet har nå foreslått forskrift hvor fullmakten benyttes, se forslaget til advokatforskriften § 9.³

Forslaget innebærer at forsikringsforetak som tilbyr rettshjelpsforsikring, kan yte advokatbistand til eksterne som ledd i rettshjelpsforsikringen. Utgangspunktet etter loven er et at slik virksomhet må organiseres som et advokatforetak.

Dersom forslaget vedtas, vil det innebære at at følgende krav i advokatloven § 21 ikke vil gjelde:

- Forsikringsforetaket må ikke tilfredsstillende eierskapskravene i advokatloven § 21 annet ledd som sier at "bare personer som utøver en vesentlig del av sin yrkesaktivitet i et advokatforetak, kan være eiere i foretaket".

³ Se forslag til ny advokatforskrift § 9, jf. Justisdepartementets høringsnotat 29. september 2023.

- Forsikringsforetaket er heller ikke underlagt styrekravene, altså at "advokater som utøver en vesentlig del av sin yrkesaktivitet i foretaket til enhver tid [skal] utøve flertallet i styret", jf. advokatloven § 21 tredje ledd.

Forslaget er i liten grad utredet, ettersom forskriftshjemmelen i § 19 annet ledd ble inntatt etter justiskomiteens behandling, se deres merknader i Innst. 234 L (2021–2022), s. 11. Vi vil også særskilt presisere at hverken i Innst. 234 L (2021–2022) eller i Justisdepartementets høringsnotat synes de EØS-rettslige sidene av forslaget å være vurdert.

Nedenfor vil vi vurdere de EØS-rettslige sidene ved forslaget. Vi skal i punkt 3.2 først omtale de EØS-rettslige utgangspunktene. I punkt 3.3 vil vi vise at reglene om organisering av advokatvirksomhet utgjør restriksjoner etter EØS-retten. I punkt 3.4 vil vi vise at reglene, slik de fremkommer i advokatloven, vil la seg rettferdiggjøre etter EØS-retten. I punkt 3.5 vil vi imidlertid vurdere om dette nå stiller seg annerledes, dersom departementet i forskrift tillater forsikringsforetak å yte tjenester til eksterne klienter.

3.2 EØS-rettslige utgangspunkter

3.2.1 Etableringsretten og tjenestefriheten i EØS-avtalens hoveddel

EØS-avtalen verner om fri etableringsrett i artikkel 31, jf. artikkel 34. Kjernen i etableringsretten er at en person eller et foretak hjemmehørende i en EØS-stat, skal kunne etablere næringsvirksomhet i en annen EØS-stat – enten som nyetablering eller som videreføring av sin allerede eksisterende virksomhet. Det er på det rene at det å etablere og drive advokatvirksomhet faller inn under bestemmelsen.

Etableringsretten etter artikkel 31 og artikkel 34 krever et såkalt grenseoverskridende element, altså at tjenesteyter er hjemmehørende i en annen EØS-stat og ønsker å etablere seg i Norge. Det er imidlertid tilstrekkelig at morselskapet er hjemmehørende i en annen EØS-stat.⁴ Det kan for eksempel være at et tysk advokatfirma ønsker å etablere et datterselskap i Norge som skal yte advokattjenester. Som vi skal komme tilbake til nedenfor, gjelder imidlertid tjenstedirektivet også i situasjoner hvor et grenseoverskridende element mangler – altså hvor et norsk foretak ønsker å yte advokattjenester i Norge.

Det er i dag på det rene at etableringsretten verner en tjenesteyter mot *restriksjoner*. Et eksempel fra etableringsrettens område gir sak C-55/94 *Gebhard*. Saken gjaldt en tysk statsborgers utøvelse av advokatvirksomhet i Italia, og hvor italienske regler hindret utenlandske statsborgere i å sette opp advokatvirksomhet i Italia. EU-domstolen fant at restriksjonsforbudet rammet "national measures liable to hinder or make less attractive the exercise of fundamental freedoms"⁵

Restriksjonsforbudet favner altså vidt. Alene det faktum at nasjonale regler krever at et utenlandsk foretak "will be required to re-think their business policy and strategy" når de trer inn på et nytt EØS-marked, er av EU-domstolen funnet å utgjøre en restriksjon.⁶

For at en slik restriksjon skal være lovlig, må den enten rettferdiggjøres i de traktatfestede unntakene i EØS-avtalen eller i den domstolskapte læren om tvingende allmenne hensyn. Etter læren om tvingende allmenne hensyn må følgende vilkår være oppfylt:

- i. Restriksjonen må være motivert i et legitimt hensyn, og kan ikke utgjøre direkte forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet.

⁴ HR-2016-2554-P *Holship*, avsnitt 90.

⁵ Sak C-55/94 *Gebhard*, avsnitt 37.

⁶ Se bl.a. sak C-518/06 *Kommisjonen mot Italia*, avsnitt 69, og sak C-577/11 *DKV Belgium*, avsnitt 36.

- ii. Restriksjonen må være egnet til å oppnå det forfulgte formålet bak restriksjonen.⁷ Dette innebærer en vurdering av om tiltaket er tjenlig til å oppnå formålet.
- iii. Formålet må forfølges på en konsistent og sammenhengende måte. Tidvis klassifiseres dette som en del av egnethetsvurderingen, men av og til også som en egen lære.⁸
- iv. Restriksjonen må ikke gå lenger enn nødvendig. Dette innebærer en vurdering av om formålet bak tiltaket kan oppnås like effektivt ved alternative, mindre inngripende tiltak.⁹ Dette forutsetter at det fastlegges hva som er beskyttelsesnivået bak statens tiltak. Det er bare dersom alternative tiltak oppnår samme tiltenkte beskyttelsesnivå, at de er aktuelle å vurdere.¹⁰
- v. At inngrepet ikke er uforholdsmessig sett opp mot formålet bak tiltaket.¹¹ Vurderingen vil da være om formålet står i et kvalifisert urimelig forhold til inngrepet, noe som sjeldent kommer på spissen i domstolspraksis.

3.2.2 Særlig om tjenstedirektivet artikkel 15 nr. 2 bokstav c

Etableringsretten etter EØS-avtalen artikkel 31, jf. 34, utfylles og presiseres gjennom tjenstedirektivet.¹² Direktivet er et horisontalt direktiv som i utgangspunktet får anvendelse på alle typer tjenester, herunder advokatvirksomhet.¹³

Tjenstedirektivet kapittel III gjelder tjensteyters etableringsrett. Det særegne ved tjenstedirektivet kapittel III er at reglene også gjelder i *rent interne situasjoner*.¹⁴ Det er altså ikke, i motsetning til hva som gjelder for EØS-avtalen artikkel 31, jf. 34, nødvendig at det foreligger et grenseoverskridende element. Kapittelet kan altså også påberopes dersom en norsk statsborger eller et norsk foretak ønsker å etablere advokatvirksomhet i Norge og mener at de norske reglene om organisering av advokatvirksomhet er en ulovlig restriksjon.

Artikkel 15 er en av bestemmelsene i kapittel III. Her finnes en såkalt "gråliste" som angir statlige krav som er ansett særlig begrensende for etableringsretten. Av særlig interesse for vår sak er artikkel 15 nr. 2 bokstav c som omfatter "requirements which relate to the shareholding of a company". I lys av fortalens avsnitt 73 omfatter det bl.a. "obligations to hold a minimum amount of capital for certain service activities or to have a specific qualification in order to hold share capital in or to manage certain companies" (vår understreking). Bestemmelsen tar altså sikte på nasjonale reguleringer som krever at aksjer eller andeler i et selskap bare kan eies av visse persongrupper.

Bestemmelsen er behandlet to ganger i EU-domstolens rettspraksis. Den første saken var sak C-729/17 *Kommisjonen mot Hellas*, som gjaldt gresk lovgivning om hvilke foretak som kunne tilby meglingsutdannelse, altså en undervisningstjeneste. Dette kunne bare tilbys av selskap som var stiftet av et advokatforetak og et handelskammer i Hellas. EU-domstolen fant at denne

⁷ Se for eksempel sak C-539/11 *Ottica New Line*, avsnitt 33, og sak C-128/22 *Nordic Info*, avsnitt 77.

⁸ Se for eksempel sak C-293/14 *Hiebler*, avsnitt 65.

⁹ Se for eksempel sak C-128/22 *Nordic Info*, avsnitt 77.

¹⁰ Se her sak C-3/06 *Ladbroke's*, avsnitt 58: "[...] Thus, where other, less restrictive measures would have the effect of fully achieving the objectives at the level of protection chosen, an exclusive rights system could not be considered necessary simply because it might offer an even higher level of protection."

¹¹ Se for eksempel sak C-128/22 *Nordic Info*, avsnitt 77.

¹² Direktiv 2006/123/EF.

¹³ Direktivets artikkel 2 unntar likevel en del tjenester fra anvendelsesområdet. Her nevnes bl.a. notartjenester, men advokatvirksomhet er ikke en unntatt tjeneste.

¹⁴ Dette er nå avklart gjennom en rekke dommer. Se for eksempel sak C-62/19 *Star Taxi App*, avsnitt 73.

lovgivningen var omfattet av artikkel 15 nr. 2 bokstav c.¹⁵ Videre fant domstolen at lovgivningen ikke var rettferdiggjort, ettersom den gikk lenger enn nødvendig.¹⁶

Bestemmelsen ble behandlet på nytt av EU-domstolen i sak C-209/18 *Kommisjonen mot Østerrike*. Saken gjaldt visse østerrikske lover om sivilingeniørforetak, patentrådgivningsforetak og dyrlegeforetak. Lovgivningen begrenset bl.a. hvem som kunne eie aksjer i slike foretak:

"In the present case, it follows from the national provisions that are the subject of the present complaint that, first, only natural persons and companies of civil engineers may be members of a company of civil engineers, and only natural persons who are members of the company of civil engineers and hold the majority of its shares can be appointed managers and representatives of such a company. Second, only patent agents themselves, members of their families and foundations established by those natural persons may hold shares in a company of patent agents, and patent agents must have a decisive influence within such a company. Third, only veterinary surgeons or companies of veterinary surgeons may operate a veterinary practice or clinic, persons not belonging to the profession may participate only as silent partners, and only veterinary surgeons holding substantial shares in such a company may become managers of a branch of the company."¹⁷

EU-domstolen fant at lovgivningen om hvem som kunne eie aksjer i selskapene, var omfattet av tjenstedirektivet artikkel 15 nr. 2 bokstav c.¹⁸ Ingen av kravene ble ansett rettferdiggjort, og Østerrike ble dømt for å ha tilsidesatt sine forpliktelser etter direktivet.

3.3 Reglene om organisering av advokatvirksomhet i advokatloven kapittel 7 utgjør restriksjoner

Etter vårt syn må det anses klart at reglene om organisering av advokatvirksomhet som er fastsatt i advokatloven kapittel 7, utgjør restriksjoner på etableringsretten etter EØS-avtalen artikkel 31, jf. 34.

Et person eller foretak som ønsker å etablere seg i Norge for å tilby advokattjenester i næring til eksterne klienter, kan bare gjøre dette ved å organisere seg som et advokatforetak.¹⁹ Både eierkravene og styrekravene innebærer at foretaket risikerer å måtte gjøre tilpasninger i eksisterende eierstruktur for få adgang til å etablere seg i Norge. Etter vårt syn vil reglene da utgjøre en restriksjon på etableringsretten etter EØS-avtalen artikkel 31, jf. 34. Det er tale om regler som er "liable to hinder or make less attractive the exercise of fundamental freedoms", jf. *Gebhard*-avgjørelsen. Tilsvarende er for øvrig lagt til grunn av Justisdepartementet i lovutredningen, se Prop. 214 L (2020–2021) s. 121.

Reglene om organisering av advokatvirksomhet i advokatloven § 21 vil også omfattes av tjenstedirektivet artikkel 15 nr. 2 bokstav c. Akkurat som i C-209/18 *Kommisjonen mot Østerrike* vil eierskapskravet begrense hvem som kan eie aksjer i advokatforetaket. Det særegne ved tjenstedirektivets bestemmelse er at det ikke er nødvendig med et grenseoverskridende element. Bestemmelsen kan altså påberopes av en person eller et foretak fra Norge som ønsker å etablere advokatvirksomhet her og mener reglene om organisering av advokatvirksomhet er til hinder for dette. Man kan for eksempel tenke seg et konsulentselskap som ønsker å utvide med å tilby advokattjenester til eksterne klienter.

¹⁵ Avsnitt 62–63. Saken gjaldt også tjenstedirektivet artikkel 15 nr. 2 bokstav b.

¹⁶ Avsnitt 67–69.

¹⁷ Avsnitt 83.

¹⁸ Avsnitt 84. Saken gjaldt også tjenstedirektivet artikkel 15 nr. 2 bokstav b.

¹⁹ Dette gjelder også ved såkalt sekundæretablering, se Justisdepartementets høringsnotat 29. september 2023, s. 74–77.

3.4 Kan reglene om organisering av advokatvirksomhet anses *rettferdiggjort* – dersom man nå tillater forsikringsselskap å yte advokattjenester til eksterne?

3.4.1 Innledning

Det neste spørsmålet er om reglene om advokatvirksomhet som restriksjon etter EØS-retten, kan rettferdiggjøres. Nedenfor skal vi først vise at advokatlovens regler om organisering av advokatvirksomhet – isolert sett – har et lovlig formål og fremstår egnet og nødvendig (se punkt 3.4.2).

EØS-retten krever imidlertid at man også vurderer om hensynene bak tiltaket forfølges på en konsistent måte. I punkt 3.4.3 skal vi omtale dette. Etter vårt syn er det – dersom advokatforskriftens regel om forsikringsforetak vedtas – en betydelig risiko for at kravet om konsistens ikke er oppfylt. Dette vil gi en betydelig risiko for at reglene om organisering av advokatvirksomhet ikke kan rettferdiggjøres.

3.4.2 Advokatlovens regler om organisering av advokatvirksomhet – lovlig formål, egnethet og nødvendighet

Reglene om organisering av advokatvirksomhet i advokatloven § 21 er begrunnet i hensynet til at advokaten skal være økonomisk og faglig uavhengig, og at advokatens lojalitet skal ligge hos klienten (se punkt 2.2 ovenfor). Slike hensyn anses etter EU-domstolens rettspraksis som tvingende allmenne hensyn – som i prinsippet gjør det mulig å rettferdiggjøre restriksjoner, se bl.a. sak C-309/99 *Wouters*, avsnitt 100, og sak C-225/09 *Jakubowska*, avsnitt 61.

Etter vårt syn er det også på det rene at reglene om organisering av advokatvirksomhet i advokatloven må anses *egnet* til å oppnå formålet bak reguleringen. Reguleringen forhindrer at advokatvirksomhet som innebærer næringsmessig tilbud av advokattjenester, tilbys av andre enn advokatforetaket. Videre forhindrer eierkravet at eksterne personer kommer inn på eiersiden i advokatforetak. Som fremhevet i forarbeidene vil forutsetningen om at advokaten gjør en uavhengig vurdering og utelukkende ivaretar klientens interesser, kunne svekkes hvis eksterne eiere forfekter andre hensyn.

Etter vårt syn går heller ikke de nevnte reglene lenger enn *nødvendig*. Vi vil her presisere at reglene om organisering av advokatvirksomhet, slik de er omtalt i NOU 2015: 3 og proposisjonen, tilsynelatende tar sikte på et høyt beskyttelsesnivå. Vi viser til omtalen i punkt 2.2 ovenfor. Det fremkommer her bl.a. at man ønsket en advokatstand som ikke står i avhengighetsforhold til andre enn klientene, og at advokaten ble sikret et "best mulig grunnlag for å ivareta hensynet til klientene" (NOU 2015: 3 s. 181). Videre fremkommer det at utvalget hadde vurdert om formålet kunne vært ivaretatt på andre måter, for eksempel ved å begrense eksterne eieres innflytelse, eller stille krav om at eksterne eller interne eiere har gjennomgått advokatutdanning. Slike alternative tiltak ble imidlertid ikke ansett tilstrekkelig (NOU 2015: 3 s. 182).

Vi er på denne bakgrunn enig med Justisdepartementet når man i Prop. 214 L (2020–2021) s. 121 vurderte det slik at reglene om organisering av advokatvirksomhet i advokatloven § 21 var begrunnet i legitime hensyn og forholdsmessige, og dermed tilfredsstilte kravene etter EØS-retten.

3.4.3 Kravet til konsistens

(a) Nærmere om konsistenskravet

Som omtalt i punkt 3.2.1 er det også en del av rettferdiggjøringslæren at formålet bak en restriksjon forfølges på en konsistent og sammenhengende måte. For at en restriksjon skal anses rettferdiggjort, er det altså ikke tilstrekkelig å se på tiltaket isolert sett. Man må også se hen til hvordan formålet bak tiltaket forfølges på andre områder i nasjonal lovgivning.

I sak C-293/14 *Hiebler* – som gjaldt etableringsretten i tjenstedirektivet, blir konsistenskravet omtalt på følgende måte:

"While it is apparent from the above that such legislation is generally capable of attaining the objective of public health protection, it is also essential that that legislation pursues that objective consistently. According to the Court's case-law, national legislation is appropriate for ensuring attainment of the objective relied upon only if it genuinely reflects a concern to attain that objective in a consistent and systematic manner."²⁰

Det fremkommer altså her at det nasjonale tiltaket bare kan anses egnet dersom det virkelig ("genuinly") reflekterer et ønske om å oppnå dette målet på en konsistent og systematisk måte.

Konsistenstesten forutsetter altså en sammenligning av hvordan formålet bak tiltaket forfølges av den aktuelle staten på andre områder. Dersom det finnes nasjonal lovgivning som motvirker formålet, eller indikerer at formålet likevel ikke er så sentralt som staten hevder, så taler det for at formålet ikke forfølges på en konsistent måte. Et eksempel gir sak C-500/05 *Corporación Dermoestética*, der EU-domstolen fant at forbud mot reklame for kirurgiske inngrep på nasjonale tv-kanaler ikke var egnet til å beskytte folkehelsen ettersom italienske myndigheter tillot reklame for samme typen tjenester på lokale tv-kanaler.²¹

Et annet eksempel gir den ovenfor nevnte avgjørelsen sak C-209/18 *Kommisjonen mot Østerrike*. Østerrike hadde begrenset hvem som kunne være deltaker i et patentrådgivningsforetak til nåværende og tidligere patentrådgivere. Ifølge Østerrike skulle dette sikre objektivitet og uavhengighet.²² Østerriksk lovgivning tillot imidlertid familiemedlemmer av patentrådgivere å være deltakere i foretakene, noe som ikke var tillatt for patentrådgivningsforetak fra andre EØS-stater. EU-domstolen fant at dette var inkonsistent.²³ Det underliggende var trolig at det var vanskelig å se at yrkets objektivitet og uavhengighet kunne påkrevne at bare patentrådgivere var deltakere når man samtidig tillot deres familiemedlemmer å være deltakere.

Sistnevnte sak viser noe helt sentralt, nemlig at inkonsistens i lovgivningen av EU-domstolen kan tas som bevis for at staten ikke har lagt opp til et så høyt beskyttelsesnivå som man hevder. Dette vil i så fall ha konsekvenser for nødvendighetstesten. Som omtalt ovenfor i punkt 3.2.1 er kjernen i nødvendighetstesten at man må vurdere om det nasjonale tiltaket går lenger enn nødvendig for å oppnå formålet – opp til det valgte beskyttelsesnivået. I juridisk litteratur er dette uttalt slik:

"Against this background, the necessity of the legislation at issue may be undermined, indirectly, by inconsistencies evidencing a lower level of protection than indicated by the objective purportedly pursued by that legislation."²⁴

I en norsk kontekst finnes også et velkjent eksempel på betydningen av konsistenstesten. I sak E-2/06 ("hjemfallssaken") fant EFTA-domstolen at norsk lovgivning som regulerte hjemfallsrett til vannfall, var EØS-stridig. Norge hadde i EFTA-domstolen argumentert for at hjemfallsretten var begrunnet i hensynet til å oppnå offentlig eierskap til vannfall. EFTA-domstolen aksepterte dette som et lovlig formål, men mente lovgivningen ikke forfulgte formålet på en konsistent måte. Domstolen viste bl.a. til at nye konsesjoner kunne gis til private, og at staten kunne selge hjemfalte vannfall til private.²⁵

²⁰ Avsnitt 65.

²¹ Se avsnitt 39–40.

²² Avsnitt 87.

²³ Avsnitt 95–96.

²⁴ Se om dette i Mathisen, Gjermund, "Consistency and coherence as conditions for justification of Member State measures restricting free movement" i *Common Market Law Review* nr. 47 (2010) s. 1021–1048 (s. 1044–1046).

²⁵ Vi viser til omtalen av dommen i Ot.prp.nr. 61 (2007–2008), punkt 6.3.4 ("EFTA-domstolens krav til konsistens").

Etter at dommen forelå var lovgivers respons å endre lovgivningen, slik at man sikret en lovgivning som ville tilfredsstillte konsistenskravet:

"Gjennom de foreslåtte endringene vil industrikonsesjonsloven forfølge formålet om etablering av et system for offentlig eierskap til vannkraften på en enda mer konsistent måte enn tidligere, ved at man nå stenger mulighetene for nye private konsesjoner eller for salg fra det offentlige til private. Dermed blir loven også enda mer egnet enn tidligere i EØS-rettslig forstand."²⁶

(b) Både NOU 2015:3 og Prop 214. L (2020–2021) tilsiktet et høyt beskyttelsesnivå for å sikre advokaters uavhengighet

I vår sak er formålet bak reglene i advokatloven kapittel 7 at advokaten skal være økonomisk og faglig uavhengig, og at advokatens lojalitet skal ligge hos klienten. Som vi har sett ovenfor i punkt 3.4.2, så viser fremstillingen av disse reglene i NOU 2015: 3 og Prop. 214 L (2020–2021) at man tilsikter et høyt beskyttelsesnivå.

Av denne grunn mente man i NOU 2015: 3 at formålet bak eierkravene ikke kunne bli ivaretatt på en alternativ måte – for eksempel ved regler om å begrense eksterne eieres innflytelse mv. (s. 182). Tilsvarende la man i Ot.prp. nr. 7 (1990–1991) s. 63–64 til grunn at en lovfesting av et uavhengighetskrav ikke kunne oppnå formålet bak en eierbegrensningsregel på en like effektiv måte. Det ble vist til at: "Selv om den advokaten som utfører oppdraget, skal sikres en lovfestet uavhengighet fra selskapet under utførelsen av oppdraget, vil advokaten bevisst eller ubevisst kunne la seg influere av hensynet til eierne."

(c) Å tillate forsikringsadvokater å drive advokatvirksomhet, indikerer at hensynene bak reglene om organisering av advokatvirksomhet forfølges på en inkonsistent måte – og at reglene i advokatloven § 21 går lenger enn nødvendig

Gjennom forskriftsforslaget åpnes det nå opp for at forsikringsforetak skal kunne tilby advokatvirksomhet til eksterne klienter som del av en rettshjelpsforsikring. Til forskjell fra et advokatforetak må ikke forsikringsforetaket overholde eierskapskravet eller styrekravet. Dette vil representere et vesentlig unntak fra kravet om at slik virksomhet etter loven må organiseres gjennom et advokatforetak, hvor både eierskaps- og styrekrav er oppfylt. Unntaket er imidlertid begrenset til forsikringsforetak som tilbyr rettshjelpsforsikring.

Etter vårt syn er det vanskelig å se at begrunnelsen bak eierskaps- og styrekravene i et advokatforetak – at advokaten skal være økonomisk og faglig uavhengig, og at advokatens lojalitet skal ligge hos klienten – ikke gjør seg gjeldende på tilsvarende måte når advokatvirksomhet utøves av et forsikringsforetak. Det er tilsynelatende ingen relevant forskjell mellom advokatvirksomhet som tilbys av en advokat i et advokatforetak, og i et forsikringsforetak. Sistnevnte tilbyr riktignok advokattjenester til eksterne som del av en rettshjelpsforsikring. Kravet til uavhengighet, og at advokatens lojalitet skal ligge hos klienten, fremstår imidlertid like viktig i slik advokatvirksomhet som i advokatvirksomhet som ytes i advokatforetak.

Dette indikerer at hensynene bak reglene om organisering av advokatvirksomhet forfølges i lovgivningen på en inkonsistent måte. Etter vårt syn kan dette tas til inntekt for at beskyttelsesnivået er redusert. Sagt på en annen måte viser staten gjennom vedtakelsen av reguleringen om forsikringsforetak at hensynene bak advokatlovens regler om organisering av advokatvirksomhet likevel ikke er så vektige.

Riktig nok er det foreslått flere regler i forslag til advokatforskrift § 9 som skal sikre forsikringsadvokatens uavhengighet. Etter vårt syn gir likevel ikke dette et like effektivt vern av advokatens uavhengighet som slike regler som følger av advokatloven § 21. Dette har også tidligere vært

²⁶ Ot.prp.nr. 61 (2007–2008), s. 61

departementets vurdering. Vi viser her igjen til uttalelsen i Ot.prp. nr. 7 (1990–1991) s. 63–64 om at en lovfesting av et uavhengighetskrav ikke kunne oppnå formålet bak en eierbegrensningsregel på en like effektiv måte.

I Innst. 234 L (2021–2022) s. 11 er det også vist til enkelte hensyn som bakgrunn for forslaget om at forsikringsadvokater skal tillates. Det er bl.a. vist til:

- At forsikringsforetak er underlagt strenge regulatoriske krav gjennom finansforetaksloven og krav om konsesjon.
- At det gjelder krav til eiere og til egnethet for ledelsen, krav om god kundebehandling, samt krav til forsvarlig organisering av virksomheten og krav om forsvarlig økonomi.
- At Finanstilsynet fører tilsyn med forsikringsselskapene for å sikre at kravene etterleves, og at selskapets avgjørelser om kundenes saker kan klages til Finansklagenemnda.
- At advokater i forsikringsselskaper er underlagt de samme bestemmelser som gjelder for utøvelse av advokatbistand og regler for god advokatskikk, som advokater i advokatforetak.

Vi kan imidlertid ikke se at disse forholdene gir et like effektivt vern av advokaters uavhengighet som eierskapskravene i advokatloven § 21. Sistnevnte vil effektivt forhindre at eksterne eiere kommer inn i et advokatforetak. Dermed hindres all risiko for at eksterne eieres interesser kan spille inn på advokatenes valg.

Oppsummeringsvis er vårt syn at det å tillate forsikringsadvokater å utøve advokatvirksomhet overfor eksterne klienter, indikerer at hensynene bak reglene om organisering av advokatvirksomhet i advokatloven forfølges på en inkonsistent måte. Dette kan tas til inntekt for at hensynene bak advokatlovens regler om organisering av advokatvirksomhet likevel ikke er så vektige.

En slik inkonsistens i lovgivningen vil etter rettspraksis få betydning for den EØS-rettslige nødvendighetsprøvingen av en restriksjon. Dersom et annet foretak – for eksempel et konsulentforetak – ønsker å starte advokatvirksomhet uten å tilfredsstille reglene i advokatloven § 21, kan dette foretaket vise til inkonsistens i den nasjonale lovgivningen og da ha grunnlag for å hevde at det står overfor en urettmessig restriksjon. Staten har da bevisbyrden for at restriksjonen likevel er rettfærdiggjort. Det fremstår imidlertid vanskelig å bevise at reglene om organisering av advokatvirksomhet er nødvendige, når staten samtidig har vist at reglene ikke er nødvendige å følge når advokatvirksomhet utøves av et forsikringsforetak.

Etter vårt syn vil derfor vedtakelsen av advokatforskriften § 9 innebære en betydelig risiko for at reglene om organisering av advokatvirksomhet ikke lenger kan opprettholdes, ettersom de må anses å gå lenger enn nødvendig. Etter vårt syn risikerer derfor en vedtakelse av advokatforskriften § 9 å underminere EØS-lovligheten av reglene om organisering av advokatvirksomhet.