

Den Norske Advokatforening
Universitetsgata 9, 0102 Oslo
Sendes per epost til: post@advokatforeningen.no

Oslo, 15. juni 2022

HØRINGSUTTALELSE. FORSLAG TIL ADVOKATFORENINGENS REVIDERTE RETNINGSLINJER FOR PRIVATE GRANSKNINGER

1 INNLEDNING

Vi viser til Advokatforeningens forslag til reviderte retningslinjer for private granskninger ("**Forslaget**") hvor Advokatforeningen ber om innspill. Høringsfristen er 15. juni 2022.

Wikborg Rein Advokatfirma AS ("**Wikborg Rein**") inngir med dette høringsuttalelse.

Overordnet, støtter Wikborg Rein innholdet i Forslaget og vi er generelt positive til en forenkling av retningslinjene. Vi mener det likevel er noen av Forslagets bestemmelser som har en uheldig utforming, og at enkelte endringer synes svakt begrunnet bl.a. sammenholdt med gjeldende Retningslinjer for private granskninger ("**Retningslinjene**") mindre hensiktsmessige, som nærmere redegjort for nedenfor. Det er også enkelte forhold vi savner er nærmere vurdering av.

2 MERKNADER FRA WIKBORG REIN

2.1 Forholdet til menneskerettigheter

Vi noterer oss at punktet om forhold til grunnleggende menneskerettigheter i dagens Retningslinjer er tatt ut i Forslaget.

Begrunnelsen for dette er at det er offentlige myndigheter som er pliktsubjekter etter de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene og etter rettighetsbestemmelsene i Grunnloven og at menneskerettighetenes relevans for private granskninger, i motsetning til offentlige granskninger, vil være begrenset. Riktignok er deler av innholdet i gjeldende Retningslinjer beholdt i Forslagets Del I, eksempelvis selvinkrimineringsvernet, men da ikke presentert som en menneskerettslig føring. Vi merker oss også at Forslaget inneholder bestemmelser om ivaretagelse av grunnleggende rettssikkerhetskrav for berørte gjennom granskningsprosessen.

Prinsipielt er vi imidlertid uenig i ovennevnte synspunkt om at menneskerettighetenes relevans for private granskninger er begrenset. Det er ingen tvil om at næringslivet, inkludert advokater, har et selvstendig ansvar for å respektere menneskerettighetene. Dette følger bl.a. av FN's veiledende prinsipper fra 2011. Disse prinsippene er riktignok ikke rettslig bindende, men er likevel ansett som den globale autoritative standarden for næringslivets menneskerettighetsansvar.

På bakgrunn av dette, samt Advokatforeningens eget arbeid på dette området (jf. veiledere om advokaters ansvar for at næringslivet respekterer menneskerettighetene mv), bør etter vårt syn forholdet til menneskerettighetene fortsatt inngå som en grunnleggende føring for retningslinjene for private granskinger, herunder retten til privatliv, kravet til rettferdig rettergang, selvinkrimineringsvernet og uskyldspresumpsjonen.

Det skal også nevnes at også andre lands myndigheter fremhever forholdet til menneskerettighetene i sine retningslinjer for interne granskinger. Dette gjelder for eksempel franske myndigheter (*Agence française anticorruption (AFA)* og *le Parquet national financier (PNF)*) som i sitt forslag til nye retningslinjer for interne granskinger på korrupsjonsområdet (sendt på høring i mars 2022) innledningsvis fremhever at veiledningen er ment å legge til rette for at virksomheter kan gjennomføre interne granskinger samtidig som de respekterer individuelle rettigheter og friheter.¹

2.2 Uavhengighet og ulike typer granskningsprosesser

Vi stiller videre spørsmål ved om reguleringen av uavhengighet i Forslaget er egnet til å styrke publikums tillitt til granskningsprosesser, sammenholdt med gjeldende Retningslinjer, og om dette punktet med fordel kan forklares noe nærmere.

I Forslagets punkt 3.2 om uavhengighet er det foreslått følgende regulering "*Granskerne skal utføre arbeidet på en uavhengig måte.*" I gjeldende Retningslinjer i punkt 3.2 om uavhengighet fremgår at "*Medlemmene av granskningsutvalget skal være uavhengige og upartiske i forhold til så vel oppdragsgiver, saksforholdet og den eller de som antas å være berørte parter.*"

I kommentaren til dagens Retningslinjer fremgår at "*Det bør utvises forsiktighet med å bruke virksomhetens lovpålagte revisor eller faste advokatforbindelse som gransker fordi dette kan reise spørsmål om granskningen er uavhengig.*" I kommentaren til Forslaget fremgår "*I særlige tilfeller bør oppdragsgiver unnlate å benytte sin faste advokatforbindelse i granskningen. For eksempel kan det gjelde saker der granskerne har eller kan oppfattes å ha bindinger til berørte.*"

Det fremstår derfor som om kravet til uavhengighet svekkes noe i Forslaget sammenlignet med dagens Retningslinjer. Dette følger også av utvalgets begrunnelse hvor det fremgår at utvalget går inn for å moderere anbefalingen om at det bør utvises forsiktighet med å bruke virksomhetens faste advokatforbindelse som gransker. I begrunnelsen til utvalget vises det også til at:

"Utgangspunktet er at det er virksomhetens eget ansvar å undersøke påståtte kritikkverdige forhold, og at virksomheten kan beslutte å utføre granskningen med interne ressurser. Kjennskap til virksomheten trenger derfor ikke å være en ulempe, men kan tvert imot være svært nyttig i granskingsarbeidet, og ikke minst kostnadsbesparende for klienten."

Vi er enig i dette.

Samtidig er det eksempler på at granskningsprosesser har måttet gjøres flere ganger fordi første granskning var gjort av selskapets faste advokatforbindelse. En nær relasjon mellom gransker og oppdragsgiver kan, enten det er en reell eller antatt avhengighet, svekke tilliten til at granskningen er gjort uten for stor grad av samarbeid med, og styring fra, oppdragsgiver. Dersom granskernes

¹ Lenke til forslaget: https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/Projet%20de%20guide%20enqu%C3%AAte%20interne%20_Mise%20en%20consultation.pdf

uavhengighet ikke har den nødvendige grad av tillit, vil det i praksis oftere rettes kritikk mot selve prosessen.

Det kan særlig være problematisk, etter vårt syn, at den faste advokatforbindelsen iverksetter en ekstern uavhengig granskning dersom det for eksempel er toppledelsen det rettes søkelys mot. I så tilfelle er det vårt syn at selskapets faste advokatforbindelse bør være svært varsom med å påta seg oppdraget i en ekstern uavhengig granskning. Selv om det er uavhengighetsregler i domstoloven og advokatforskriften med Regler for god advokatskikk ("**RG**A") er det vårt syn at alminnelige advokatoppdrag i stor grad forutsetter en tett dialog med klienten, for eksempel i en tvist. I en ekstern uavhengig granskning er dette motsatt, da en tett dialog med klienten ofte kan svekke granskingens uavhengighet og tillitt. I enkelte granskningsprosesser kan det videre være en fordel at man ikke har noen historie, eller nødvendigvis noen fremtid, i å jobbe for selskapet.

Dette reiser også spørsmålet om når det er en "ekstern uavhengig granskning" og når det er ekstern bistand og rådgivning i granskninger eller interne undersøkelser. Denne grensedragningen kunne med fordel ha blitt drøftet i Forslaget da det i praksis ofte kan oppstå spørsmål om nettopp dette. Det er eksempelvis neppe problematisk at den faste advokatforbindelsen bistår i interne undersøkelser, med eksempelvis faktagjennomgang, intervjuer og vurderinger. Det bør imidlertid ikke da, verken i mandatet eller på annen måte, gis inntrykk av at det er en ekstern uavhengig granskning hvor granskerne forholder seg til mandatet, men i begrenset grad gis retning eller styring fra selskapet utover det. Det kan også være uproblematisk at selskapets faste advokatforbindelse utfører en granskning for eksempel knyttet til forhold i en avdeling eller et datterselskap. En klargjøring eller ytterligere eksemplifisering av når det kan være problematisk at selskapets faste advokatforbindelse påtar seg ulike type granskningsoppdrag kunne med fordel ha vært drøftet.

Videre vil det ofte dukke opp problemstillinger knyttet til situasjonen etter at granskningen er ferdig. Det kan da tenkes at granskerne bes om å bistå selskapet som er gransket om forhold som springer ut av granskningen. For eksempel kan det tenkes arbeidsrettslige tiltak mot en person som har forklart seg for granskerne. Det kan tenkes at den eller de personer dette gjelder kan ha hatt forventninger – riktig eller uriktig – om en slags fortrolighet når de forklarte seg for granskeren. Det kan for eksempel gå på egne personlige forhold som det kan ha blitt informert om til granskerne, og det trenger ikke en gang ha vært relevant for granskningen. Like fullt har den ansatte vært åpen om dette. Etter RGA vil det normalt ikke avskjære gransker eller dennes advokatfirma fra å ta et oppdrag mot denne personen, jf. RGA 3.2.4. Siden RGA ikke uten videre treffer dette tilfellet, burde man vurdere om ikke Forslaget burde innta en slags forsiktighetsregel her, eventuelt påpeke at slike forhold bør tydeliggjøres i intervjusituasjoner mv.

2.3 Internasjonale tilsnitt i granskninger

Etter vår erfaring er det ofte en del utfordringer knyttet til grenseoverskridende granskninger som ikke på samme måte gjør seg gjeldende i rene nasjonale granskninger. Eksempelvis kan dette være ulike krav og forventninger til bevissikring og prosessen for øvrig, samt ufravikelige nasjonale regler som setter begrensningen for hvordan informasjonsinnhenting gjøres. Erfaringsmessig vil for eksempel informasjonsinnhenting i en sak som potensielt kan bli gjenstand for rapportering til amerikanske myndigheter, stå seg ganske annerledes sammenholdt med norsk rett. Det er også en rekke veiledninger rundt forventninger til granskninger utgitt av myndigheter i USA.² Selskaper i Norge må imidlertid forholde seg til norsk rett, og hvor bevissikringen skjer kan derfor være avgjørende for hvilke prosessuelle regler man må forholde seg til. Det kan vurderes om særlige utfordringer i granskninger

² Se eksempelvis US Department of Justice, Criminal Division, Evaluation of Corporate Compliance Programs, tilgjengelig her: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download> og A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act utgitt av US Department of Justice and the Securities and Exchange Commission, tilgjengelig her: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>

av internasjonal karakter bør omtales i Forslaget for å gjøre granskere som søker veiledning i retningslinjene for private granskninger oppmerksom på dette.

2.4 Forholdet til øvrige regelverk

Etter vårt syn kunne det i Forslaget med fordel blitt gjort en nærmere vurdering av særtrekkene ved, og eventuelt behov for, tilpasninger av granskingsprosessen ved ulike typer av granskinger.

Ofte vil granskninger bli igangsatt som følge av varsler. Arbeidsmiljøloven oppstiller enkelte regler som i så fall må følges, men slik vi ser det kunne det være hensiktsmessig at også forholdet til varsling omtales i Forslaget. Eksempelvis vil tilfeller hvor en person varsler om kritikkverdige forhold hvor vedkommende selv mener seg fornærmet/utsatt for kritikkverdige forhold ofte få preg av en partsprosess. Ved gransking av slike saker vil hensynet til varsler regelmessig tilsi at vedkommende bør behandles som en berørt på lik linje med omvarslede. Vi antar at varsler i slike tilfeller vil omfattes av definisjonen av berørt i Forslagets punkt 5.1. ("[d]en berørte er den som får sitt forhold undersøkt av granskerne"), men dette kunne gjerne vært presisert eller eksemplifisert.

Øvrige forhold som med fordel kunne ha vært drøftet er spørsmål om innsyn, og berøring mot forvaltningsloven og personvernlovgivningen, sammenholdt med reguleringen om berørtes rettigheter i Forslagets punkt 5.1.

Elisabeth Roscher (sign.)

Tine Vigmostad (sign.)