
NOTAT

Til: Advokatforeningen
Fra: Torje Sunde
Dato: 11. mars 2024
Ansvarlig advokat: Torje Sunde

**SUPPLERENDE NOTAT KNYTTET TIL FORSLAGET OM
FORSIKRINGSADVOKATER****1 INNLEDNING**

Det vises til juridisk betenkning av 19. desember 2023 til Advokatforeningen, utarbeidet av advokat Gjermund Mathiesen (Kvale) og advokat Torje Sunde (Wikborg Rein).

Betenkningen drøftet hvilke EØS-rettslige konsekvenser det ville få dersom man vedtar forslaget til advokatforskrift § 9, som tillater forsikringsforetak å tilby advokatvirksomhet til eksterne klienter. Betenkningen konkluderte med at dette risikerer å underminere EØS-lovligheten av reglene om organisering av advokatvirksomhet.

Bakgrunnen for dette er at utøvelse av advokatvirksomhet i næring og til fordel for andre enn arbeidsgiver, må utøves av et advokatforetak som oppfyller 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 ikke hos eiere med mulige andre interesser. Etter EØS-retten er slike eierskapskrav en restriksjon som må rettfærdiggjøres. En viktig del av rettfærdiggjøringstesten er at hensynet bak restriksjonen må forfølges på en konsistent måte. Dersom det godtas at forsikringsforetak får yte advokatbistand i næring til eksterne uten at eierskapskravet skal oppfylles, kan dette indikere at hensynet ikke forfølges på en konsistent måte. Resultatet vil være at eierskapskravet kan anses å være uegnet eller gå lenger enn nødvendig – og altså være ulovlig.

I dette notatet skal det vurderes om det likevel er mulig å uforme og begrunne advokatforskriften § 9 på en slik måte at dette ikke underminerer reglene om organisering av advokatvirksomhet.

Oppsummeringsvis er min vurdering følgende:

- Rettspraksis fra EU-domstolen viser at tilsynelatende inkonsistenser i nasjonal lovgivning kan rettfærdiggjøres. Det er staten som har bevisbyrden.
- I vår sak må derfor departementet særskilt begrunne hvorfor forsikringsforetak skal få adgang til å yte advokathjelp til eksterne, uten å være underlagt det samme eierskapskravet som advokatforetakene. En mulig begrunnelse kan være at et slikt "unntak" for forsikringsforetak vil styrke privatpersoners tilgang til advokatbistand på en rimelig og treffsikker måte, *og som ikke ellers ville blitt oppnådd.*

- Dette "unntaket" for forsikringsforetak bør da også avgrenses nærmere. Det må avgrenses i tråd med begrunnelsen for at forsikringsforetakene overhodet får adgang til å yte advokatbistand. Etter mitt syn bør derfor forsikringsforetak utelukkende få adgang til å yte advokatbistand til privatpersoner. Det bør også vurderes om det bare skal gjelde på områder hvor det har særlig samfunnsverdi at privatpersoner får advokatbistand.

2 VURDERING

Etter EØS-retten er eierskapskavet for advokatforetak, en restriksjon på etableringsretten og fri bevegelse av tjenester. Som omtalt i vår forrige betenkning, må en slik restriksjon rettferdiggjøres for å være lovlig. En del av rettferdiggjøringslæren innebærer at staten må vise at hensynene bak restriksjonen følges på en konsistent og systematisk måte. EU-domstolen har uttrykt dette slik i C-293/14 *Hiebler* (avs. 65):

"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** [...]" (min utheving).

Staten må altså vise at hensynet som skal begrunne en restriksjon, følges på en konsistent måte. Dersom staten vedtar regler som viser at hensynet "ikke er så viktig likevel", vil det altså tilsi at restriksjonen ikke er lovlig.

EU-domstolen har imidlertid åpnet for at tilsynelatende inkonsistens i lovverket kan rettferdiggjøres. Se her sak C-500/06 *Corporación Dermoeestética*, der EU-domstolen fant at forbud mot reklame for kirurgiske inngrep på nasjonale tv-kanaler ikke var egnet til å beskytte folkehelsen når italienske myndigheter samtidig tillot reklame for samme type tjenester på lokale tv-kanaler. I den forbindelse pekte domstolen på at italienske myndigheter ikke hadde forsøkt å rettferdiggjøre dette avviket (avs. 39):

"With regard, in third place, to the extent to which it is possible for a set of rules, such as those laid down in the legislation at issue in the main proceedings, to guarantee that the objective of protection of public health is attained, by introducing a measure resulting in a prohibition on advertising medical and surgical treatments on national television networks while at the same time making it possible to broadcast such advertisements on local television networks, such rules exhibit an inconsistency **which the Italian Government has not attempted to justify** and cannot therefore properly attain the public health objective which they seek to pursue." (min utheving).

EU-domstolen forutsatte altså at tilsynelatende inkonsistens kan rettferdiggjøres. Dette kan også ses i lys av konsistenslæren som sådan: Inkonsistens i lovverket kan sies å bygge på at ellers like situasjoner behandles ulikt. Men dersom det er gode grunner til at en situasjon behandles på en annen måte enn normalsituasjonen, er ikke det inkonsistens dersom man forskjellsbehandler.¹

Staten har likevel bevisbyrden for at en tilsynelatende inkonsistent tilnærming til et påberopt hensyn, er rettferdiggjort.

¹ Dette kan også ses i lys av det EØS-rettslige likhetsprinsippet, som tilsier at like tilfeller skal behandles likt og ulike tilfeller skal behandles ulikt, med mindre det er sak. Se for eksempel C-80/94 *Wielockx* (avs. 17)

I foreliggende sak kan man merke seg ved at den legislative bakgrunnen for at man vil tillate forsikringsforetak å tilby advokattjenester, er lite omtalt i forarbeidene så langt. I Innst. 234 L (2021–2022), s. 10-11 er det bare vist til at forsikringsforetak er underlagt strenge regulatoriske krav, og at det gjelder krav til eieres egnethet, tilsyn mv. Drøftelsen i høringsnotatet til advokatforskriften handler i stor grad om hvordan krav til uavhengighet kan sikres.² Det er imidlertid ikke utdypet noe sted *hvorfor det er behov for at forsikringsforetak skal få yte advokathjelp til eksterne, uten å være underlagt de samme eierkrav som advokatforetakene.*

Dersom man derfor skal vedta en slik regulering (som advokatforskriften § 9), må man derfor omtale og særskilt begrunne hvorfor dette er nødvendig. Vurderingen og begrunnelsen må være tilstrekkelig grundig og fremkomme på en klar måte. Se her igjen *Corporación Dermoestética*, hvor domstolen viste til at italienske myndigheter ikke hadde forklart hvorfor man forfulgte formålet på en tilsynelatende inkonsistent måte. Omtalen kan for eksempel skje i statsrådsforedraget til advokatforskriften.

Etter mitt syn kan en mulig begrunnelse søkes i *forbrukervern og hensynet til at privatpersoner skal få dekket sitt advokatbehov på en rimelig og overkommelig måte.* I Innst. 234 L (2021-2022) s.10 er komiteens flertall inne på slike betraktninger, men tilsynelatende i en litt annen kontekst:

"et av målene med den nye advokatloven er å sikre det rettsøkende publikum tilgang til rimeligere juridiske tjenester, gjennom blant annet opphevelsen av rettsrådsmonopolet. Tilgang til rimelige juridiske tjenester og rettshjelp er etter flertallets oppfatning avgjørende for at borgerne skal ha mulighet til å ivareta sine rettigheter og forfølge krav i domstolsapparatet."

Denne form for hensyn utgjør tvingende allmenne hensyn, og vil kunne tjene som begrunnelse for restriksjoner på fri bevegelighet. På samme måte må det kunne tjene som begrunnelse for at man ønsker å rettferdiggjøre et avvik fra noe som ellers er en konsistent politikk.

I den konkrete vurderingen må man ta utgangspunkt i at det allerede eksisterer rettshjelpsforsikringer som sikrer at forsikrede får advokatbistand i nærmere bestemte forsikringstilfeller. Den forsikrede vil da få dekket kostnader til advokatbistand som ytes av *advokatforetak*, og hvor kostnadene refunderes av forsikringsselskapet. Den foreslåtte reguleringen i advokatforskriften skal imidlertid tillate at forsikringsforetakene yter advokatbistand til eksterne ved *sine egne ansatte advokater.*

Man må derfor vise at den foreslåtte ordningen med forsikringsadvokater vil styrke privatpersoners tilgang på advokatbistand på en rimelig og treffsikker måte, *og som ikke ellers ville blitt oppnådd.* Det kan for eksempel være at forsikringsforetakene gjennom sin modell – med årlige premieinnbetalinger fra forsikringstakerne og avlønning av advokater i stedet for eksterne tjenestekjøp – blir i stand til å tilby advokatbistand på en måte som er betydelig rimeligere enn ellers. I så fall er det mye som taler for at dette kan gi en tilstrekkelig begrunnelse for at man kan behandle forsikringsforetakene annerledes enn andre.

Dette "unntaket" for forsikringsforetak bør imidlertid avgrenses nærmere. Det må avgrenses i tråd med begrunnelsen for at forsikringsforetakene overhodet får yte advokatbistand. Forskriften bør altså klart avgrenses slik at forsikringsforetakene bare får yte advokatbistand innenfor bestemte og avgrensede områder, hvor det kan anses særlig samfunnsnyttig at publikum får rimelig tilgang til advokatbistand.

² Se høringsnotatet s. 65-69

Etter mitt syn bør derfor forsikringsforetakene utelukkende få adgang til å yte advokatbistand til privatpersoner, i motsetning til næringsdrivende. Så vidt jeg kan se, er dette allerede tilfellet for eksempel i Helsys "advokatforsikring". Bakgrunnen for at denne avgrensningen er viktig, er sammenhengen med forbrukerhensyn – som ofte er anerkjent i EU-domstolens rettspraksis som et tvingende allment hensyn. Det vil trolig også være vanskelig å forsvare at det er et samfunnsmessig behov for rimelig og treffsikker advokatbistand til næringsdrivende.

I forlengelsen av dette er det også et spørsmål om advokatbistand bare skal kunne ytes på særskilte rettsområder. Det kan typisk være slike rettsområder hvor man antar at det har en særlig samfunnsverdi at privatpersoner får tilgang til rimelig advokatbistand, slik som familie- og arv, fast eiendom eller lignende. Man kan da vurdere å oppregne disse områdene eksplisitt i forskriften.