



GULATING LAGMANNSRETT

KJENNELSE

Avsagt: 26.06.2025

Saksnr.: 24-062546ASK-GULA/AVD1

Dommere:

Lagdommer
Lagdommer
Ekstraordinær
lagdommer

Arnt E. Skjefstad
Ellen Eikeseth Mjøs
Svein Åge Skålnes

Ankende part

Staten
v/Konkurransetilsynet

Advokat Kristoffer
Nerland

Ankemotpart

Kommunal
Landspensjonskasse
Gjensidig
Forsikringsselskap

Advokat Elisabeth Lian
Haugsdal
Advokat Stephan
Lange Jervell

I Sakens spørsmål og bakgrunn

Saken gjelder begjæring om bevistilgang til internadvokatkorrespondanse ved mistanke om brudd på EØS-konkurransereglene.

Staten ved Konkurransetilsynet gjennomførte 9. februar 2022 bevissikring hos Kommunal Landspensjonskasse Gjensidig Forsikringsselskap («KLP»), jf. konkurranselover § 25. Bakgrunnen var mistanke om brudd på konkurranselover § 11 og EØS-avtalen artikkel 54, om utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. Formålet med bevissikringen var å avklare om KLPs praksis med å holde tilbake avkastning på innskutt egenkapital ved flytting av tjenestepensjon til annen leverandør, utgjør brudd på konkurransereglene.

Beslaget omfattet en betydelig mengde elektronisk materiale, deriblant dokumenter knyttet til advokater ansatt i KLP, såkalt internadvokatkorrespondanse. Dette inkluderte dokumenter utformet av internadvokater, dokumenter sendt til eller fra disse, samt dokumenter der internadvokater var kopimottakere. KLP motsatte seg at Konkurransetilsynet kunne ta beslag i det vesentlige av dokumenter lagret i en Teams-mappe med navnet «Vedtektsendringer Kapital». KLP anførte at internadvokatkorrespondansen var underlagt taushetsplikt og beslagsforbud etter straffeprosesslover § 204, jf. § 119.

Konkurransetilsynet fremmet i juni 2023 begjæring for Hordaland tingrett med krav om avklaring av rekkevidden av taushetsplikten og beslagsforbudet. Tingretten avsa kjennelse 12. mars 2024, hvor det ble slått fast at Konkurransetilsynet ikke fikk tilgang til internadvokatkorrespondanse i den grad korrespondansen gjaldt advokatens egentlige advokatvirksomhet. Slutningen lyder slik:

1. Følgende dokumenter i Teams-mappe «Vedtektsendringer Kapital» er ikke underlagt beslagsforbud:
 - Dokument 21, unntatt pkt. 3.
 - Dokument 29, 34 og 38, unntatt pkt. 2 og 3 i de tre dokumentene.
 - Dokument 41, unntatt teksten fra og med overskrift i fet skrift nederst på s. 1, til andre overskrift i fet skrift midt på s. 2.

For øvrig er dokumentene i Teams-mappe «Vedtektsendringer Kapital» underlagt beslagsforbud.

2. I erstatning for sakskostnader betaler Staten v/Konkurransetilsynet 915 237 – ni hundre og femtøntusentohundre og trettis syv - kroner til Kommunal Landspensjonskasse Gjensidig Forsikringsselskap innen to uker.

Konkurransetilsynet anket kjennelsen om beslagsfrihet til lagmannsretten. Anken gjelder rettsanvendelsen. Konkurransetilsynet anmodet lagmannsretten om å forelegge spørsmålet

om hva som følger av EØS-retten på dette området for EFTA-domstolen etter domstolloven § 51a, jf. ODA-avtalen artikkel 34.

KLP leverte tilsvaret med prinsippal påstand om avvisning på grunn av manglende rettslig interesse, og motsatte seg at det var grunnlag for foreleggelse.

Gulating lagmannsrett avsa kjennelse 24. oktober 2024, der anken ikke ble avvist. Videre besluttet forberedende dommer at tolkningsspørsmålet ikke forelegges for EFTA-domstolen.

Den Norske Advokatforening erklærte i november 2024 partshjelp til støtte for KLP. Partene bestred ikke erklæringen.

Muntlig forhandling ble holdt i Gulating lagmannsrett i Bergen 30. april 2025. Lagmannsretten mottok forklaring fra teknisk etterforsker i Konkurransetilsynet, samt innlegg fra partene og partshjelper.

II Partenes og partshjelperens syn på saken

Ankende part – *Staten ved Konkurransetilsynet* – har i korte trekk gjort gjeldende:

Advokatprivilegiet gjelder ikke for internadvokater når ESA og Kommisjonen håndhever EØS-konkurransereglene. For å avlaste Kommisjonen og ESA er nasjonale konkurransemyndigheter pålagt å håndheve konkurranseforbudene, jf. forordning 1/2003 artikkel 3 for EU-statene og ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 3 for EFTA-statene. Medlemslandene skal sikre at nasjonale konkurransemyndigheters håndhevelse skjer på en slik måte at bestemmelsene i forordningen «are effectively complied with», jf. forordningen artikkel 35 nr. 1. Slik dette effektivitetsprinsippet må forstås i lys av avgjørelser fra EU-domstolen på tilgrensede områder, ECN+-direktivet og juridisk teori, skal nasjonale konkurransemyndigheter ha samme dokumenttilgang som ESA og Kommisjonen ville hatt, når de håndhever samme regelsett. Formålet er at konkurransereglene håndheves effektivt og ensartet, siden konkurransereglene er grunnleggende for EU-/EØS-samarbeidet. Ikke bare borgerne, men også Konkurransetilsynet, kan påberope effektivitetsprinsippet.

Artikkel 22 i forordning 1/2003 om at etterforskningen fra nasjonale tilsynsmyndigheter reguleres av nasjonal rett, kan dermed ikke tolkes bokstavelig.

Nasjonal rett presumeres å være i samsvar med EØS-forpliktelsene, jf. presumsjonsprinsippet og prinsippet om direktiv- og EØS-konform tolking. På konkurranserettens område gjelder straffeprosessloven § 119, deriblant advokatprivilegiet, i så måte bare «så langt de[n] passer», jf. konkurranseloven § 25 fjerde ledd siste punktum. Nasjonal rett tar dermed høyde for at konkurranseretten vil ha en særskilt EØS-dimensjon ved tolkningen av beslagsforbudet.

Til dette kommer at ordlyden i straffeprosessloven § 119 forutsetter at bevisforbudet bare gjelder eksterne advokater. Det finnes ingen uttrykkelig regulering av at «advokater» omfatter internadvokater. Advokatloven har i denne sammenheng liten betydning.

Forrang og sektormonisme leder også til et resultat i samsvar med Konkurransetilsynets oppfatning, jf. EØS-loven § 2 og straffeprosessloven § 4 første ledd. Effektivitetsprinsippet er et utslag av EØS-avtalen artikkel 3.

Det vil ikke stride mot prinsippet om «legal certainty» å anvende en regel om at Konkurransetilsynet kan ta beslag i internadvokatkorrespondanse. EØS-konform tolkning vil ikke innebære en tolkning mot gjeldende nasjonal rett («contra legem»). Konkurransetilsynets oppfatning strider ikke mot prinsippet om direkte virkning i EØS-retten, eller mot legalitetsprinsippet. EMK får ingen eller liten betydning.

Det er lagt ned slik påstand:

1. Lagmannsretten bes om å foreta en gjennomgang av dokumentene i Teamsmappen 'Vedtektsendringer Kapital' ut fra en forutsetning om at beslagsforbudet ikke omfatter KLPs internadvokater.
2. Staten ved Konkurransetilsynet tilkjennes sakskostnader for tingretten og lagmannsretten.

Ankemotparten – *Kommunal Landspensjonskasse Gjensidig Forsikringsselskap* – har i korte trekk gjort gjeldende:

Det følger av norsk rett at det ikke kan tas beslag i internadvokatkorrespondanse, jf. straffeprosessloven §§ 204 og 119, og dette gjelder også i EØS-konkurransesaker, jf. konkurranse-loven § 25 og EØS-konkurranse-loven § 6. Høyesterett har bekreftet at vernet omfatter internadvokater, og lovgiver har eksplisitt valgt å opprettholde dette vernet, til tross for ulik praksis i EU.

Hovedregelen i EU og EØS er at prosessretten er underlagt nasjonal autonomi. Det finnes ingen EU- eller EØS-regel som pålegger nasjonale tilsynsmyndigheter å kunne ta beslag i internadvokatkorrespondanse. Forordning 1/2003 er ikke fullt ut innlemmet i EØS, og gir ikke grunnlag for å sette til side norsk beslagsforbud. Kommisjonens praksis bygger på domstolsskapte prinsipper som ikke harmoniserer nasjonal rett. EU-domstolen har anerkjent at rekkevidden og kriteriene for vern av advokatkorrespondanse varierer mellom medlemsstatene. Ny praksis fra EU-domstolen viser dessuten utvidet tendens til vern av advokatkorrespondanse.

Effektivitetsprinsippet innebærer at nasjonal rett ikke må gjøre det umulig eller uforholdsmessig vanskelig å håndheve EØS-retten. Beslagsforbud for

internadvokatkorrespondanse strider ikke med dette effektivitetsprinsippet. Prinsippet er uansett utviklet for å beskytte borgerne, ikke for å styrke statens håndhevelsesmuligheter. Det gir ikke grunnlag for å kreve harmonisering av prosessregler, og det er akseptert i EU at medlemsstatene har ulik regulering av beslagsadgangen. Flere EU-land har beslagsforbud for internadvokater, uten at dette har ført til traktatbruddsøksmål.

Staten bygger uriktig på en utvidet forståelse av effektivitetsprinsippet om effektiv og enhetlig håndhevelse, basert på en tolkning av forordning 1/2003, som grunnlag for å hevde at EØS-retten stiller høyere krav til effektivitetsprinsippet. Et skjerpet effektivitetsprinsipp gir ikke forrang foran legalitetsprinsippet, EMK eller norsk lov. Det kan ikke benyttes til å tolke norsk rett «contra legem». Presumsjonsprinsippet tilsier ikke noe annet, og EØS-loven § 2 kan ikke benyttes til å gi forordning 1/2003 forrang. Det er heller ikke mulig å gi ODA-avtalen forrang på grunn av sektormonisme.

Det er lagt ned slik påstand:

1. Anken forkastes
2. KLP tilkjennes sakskostnader for tingretten og lagmannsretten.

Partshjelper – *Den Norske Advokatforening* – har i korte trekk gjort gjeldende:

Advokaters taushetsplikt er en grunnleggende rettssikkerhetsgaranti, vernet av Grunnloven §§ 95 og 102, EMK artikkel 6 og 8, og gjelder også internadvokater, jf. advokatloven § 24. Taushetspliktens rekkevidde berører legalitetsprinsippet i Grunnloven § 113. Virksomheter og internadvokater har innrettet seg i tillit til at rådgivningen er vernet og unntatt beslag. Det samme vernet finnes i EMK og i EØS-rettens prinsipp om rettslig forutberegnelighet («legal certainty»).

Lovgiver tok ved vedtakelsen av advokatloven uttrykkelig stilling til at internadvokater omfattes av taushetsplikten som ledd i advokatvirksomhet. Dette ble vurdert opp mot EU-domstolens praksis, herunder Akzo-Nobel-saken. EU/EØS-retten anerkjenner at beslagsforbud praktiseres ulikt mellom statene. Prinsippet om enhetlig håndhevelse gjelder materielle regler, ikke prosessuelle.

Effektivitetsprinsippet gir ikke grunnlag for en annen forståelse. Konkurransetilsynet har ikke bevist at den norske regelen om beslagsforbud gjør håndhevingen av konkurransereglene «umulig eller uforholdsmessig vanskelig».

En uthuling av internadvokaters taushetsplikt ved beslag vil undergrave konkurranserettspleien. Inngrep i taushetsplikten bør skje gjennom lovgiver, ikke i enkeltsaker.

Det er ikke lagt ned påstand.

III Lagmannsrettens syn på saken

1. Spørsmålet lagmannsretten skal ta stilling til

Spørsmålet er om det kan tas beslag i internadvokatkorrespondanse i EØS-konkurransesaker.

2. Advokatprivilegiet – noen utgangspunkter

Utgangspunktet i straffeprosessloven § 203 er at beslag kan tas i ting «som kan antas å ha betydning som bevis». Dette omfatter blant annet dokumenter og elektronisk lagrede filer.

Unntaket er «dokumenter eller annet hvis innhold et vitne kan nekte å forklare seg om» etter nærmere angitte bestemmelser, jf. straffeprosessloven § 204.

Straffeprosessloven § 119 begrenser blant annet advokaters forklaringsplikt.

Bestemmelsen lyder for de relevante deler slik:

«[R]etten [kan] ikke ta imot forklaring av ... advokater ... om noe som er betrodd dem i deres stilling».

Retten har ingen skjønnsmessig adgang til å pålegge vitneplikt etter § 119. Beslagsforbudet er dermed absolutt, jf. HR-2017-111-A avsnitt 22.

Straffeprosesslovens beslags- og bevisforbud henger sammen med straffeloven § 211 om straffansvar for advokater som bryter sin taushetsplikt ved å røpe «hemmeligheter som er betrodd dem ... i anledningen stillingen eller oppdraget».

Advokaters taushetsplikt er forankret i Grunnloven § 95 første ledd og i EMK artikkel 6. Formålet er å verne fortrolighetsforholdet mellom klient og advokat, slik at advokaten får de opplysningene som er nødvendig for å ivareta klientens interesser, og dermed kan bidra til at klienten får en rettferdig rettergang. Et sterkt vern av tillitsforholdet mellom klienter og advokater utgjør altså en viktig rettssikkerhetsgaranti.

Advokatvirksomhet kan organiseres på ulike måter, og kan – som i foreliggende sak – også utøves av advokater ansatt i virksomheten. I den norske modellen for advokatvirksomhet har internadvokater og eksterne advokater tradisjonelt vært likestilt, og forventningen om fortrolighet har vært den samme. Som fremhevet i HR-2014-1775-A avsnitt 45, er det

«... oppdragets innhold, og ikke hvordan advokatvirksomheten er organisert, som er avgjørende. I samme retning taler formålsbetraktninger: Behovet for å beskytte fortroligheten mellom klient og advokat er det samme uansett hvilken organisasjonsform advokaten har valgt».

Straffeprosesslovens ordlyd er klar – den fritar advokater fra forklaringsplikt, og skiller ikke internadvokater fra andre advokater. At beslags- og bevisforbudet i § 119 omfatter internadvokater er også sikker rett, jf. HR-2000-1353, HR-2014-1775-A (avsnitt 45) og HR-2018-104-A (avsnitt 26-27). Dette generelle utgangspunktet er heller ikke omstridt.

Det springende punkt i vår sak er om internadvokaters taushetsplikt også gjelder i tilfeller Konkurransetilsynet etterforsker virksomheten for brudd på EØS-avtalens § 53 og § 54.

Lagmannsretten vurderer først hva som følger av internrettslige kilder (punkt 3), og deretter om dette tolkningsresultatet lar seg forene med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen (punkt 4).

3. Om beslags- og bevisforbudet for internadvokater i EØS-konkurranserettsaker

Om norske myndigheters håndheving av EØS-avtalen artikkel 54 og 54, følger det av EØS-konkurranseloven § 6 første ledd at:

«Norske konkurransemyndigheter skal, med de begrensninger som følger av EØS-avtalen, Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol og forskrifter gitt i medhold av § 5, føre tilsyn med at EØS-avtalen artikkel 53 og 54 overholdes. Konkurranseloven §§ 12, 22 og 24 til 32 gjelder tilsvarende».

Av konkurranseeloven § 25 fjerde ledd sjette punktum, som dermed gjelder tilsvarende, heter det videre at «[s]traffeprosessloven ... § 117 til 120 ... gjelder så langt de passer»

Det alminnelig beslags- og bevisforbudet for internadvokatkorrespondanse i straffeprosessloven § 119 gjelder dermed i utgangspunktet her som ellers.

Forarbeidene tyder på det samme. Hvor virkeområdet for bevisforbudet er omtalt uttrykkelig, fremgår det i så måte av Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) på side 238 at:

«Henvisningen til straffeprosessloven § 119, jf § 204 medfører at det ikke kan tas bevisikring i dokumenter som inneholder opplysninger som er betrodd eksterne eller interne advokater i deres stilling som advokat».

Lagmannsretten finner ingen holdepunkter i rettskildene for at beslags- og bevisforbudet var ment å skulle forstås mer lempelig i EØS-konkurranserettsaker.

På bakgrunn av disse internrettslige kildene er det etter lagmannsrettens syn klart at beslags- og bevisforbudet gjelder internadvokater også når Konkurransetilsynet etterforsker EØS-konkurransesaker.

Spørsmålet i fortsettelsen blir hvorvidt tolkingsresultatet etter intern rett er forenlig med EU/EØS-retten, eller om advokatprivilegiet av hensyn til EØS-retten likevel ikke kan omfatte internadvokater når Konkurransetilsynet etterforsker EØS-konkurransesaker.

4. Om betydningen av EU/EØS-retten

4.1. Oversikt

Konkurransetilsynet anfører at beslags- og bevisforbudet ikke kan gjelde fullt ut når Konkurransetilsynet etterforsker brudd på EØS-konkurransereglene. Det er i så måte anført at straffeprosessloven § 119 bare gjelder «så langt de[n] passer» i konkurranserettssaker, jf. EØS-konkurranseloven § 6, jf. konkurranseloven § 25, og at beslagsforbudet av hensyn til EØS-retten ikke kan omfatte internadvokatkorrespondanse.

Som grunnlag for å fravike det som ellers følger av nasjonal prosesslovgivning om beslagsforbud, er det prinsipielt vist til presumsjonsprinsippet, subsidiært til prinsippet om direktiv- og EØS-konform tolking, eller – atter subsidiært – at nasjonal lovgivning må settes til side etter reglene om forrang og sektormonisme, jf. EØS-loven § 2 og straffeprosessloven § 4 første ledd.

Det grunnleggende premisset er det samme for alle disse anførselene, og lagmannsretten behandler dem derfor under ett. Skal beslagsforbudet i nasjonal rett settes til side, må den underliggende begrunnelsen i alle tilfeller ligge i at EØS-retten krever at nasjonale konkurransemyndigheter skal ha tilgang til internadvokatkorrespondanse når brudd på EØS-konkurransereglene etterforskes. Det bærende argumentet her, slik lagmannsretten oppfatter Konkurransetilsynet, er at EU-domstolen ikke anerkjenner internadvokaters taushetsplikt overfor EUs organer når de utøver tilsyns- og kontrollvirksomhet. Regelen anføres derfor – ut fra hensyn til effektiv og enhetlig håndheving – å måtte være lik når nasjonale myndigheter håndhever samme EU/EØS-regelverk.

4.2. Prinsippene for fortolkning av EØS-avtalen

Norske domstoler skal på selvstendig grunnlag vurdere om beslags- og bevisforbudet for internadvokater innebærer brudd på pliktene etter EØS-avtalen ut fra de samme kilder og metode som ville gjelde dersom spørsmålet hadde blitt forelagt EU-domstolen, jf. HR-2011-910-A avsnitt 72. Norske domstoler kan dermed ikke overlate til EU-domstolen og/eller EFTA-domstolen å utvikle EU/EØS-retten videre ved uavklarte spørsmål, men må legge til grunn EU-domstolens dynamiske metodebruk ved tolking av EØS-retten.

Forutsetningen om en selvstendig og ensartet fortolkning av det felles EU/EØS-regelverket innebærer videre at norske lovgiveroppfatninger om at advokatprivilegiet står seg, slik KLP viser til blant annet i NOU 2012: 7 s. 93 og NOU 2015:3 s. 211, ikke er relevant for fortolkningen av EØS-avtalen som sådan. Slik denne saken ligger an, går lagmannsretten derfor ikke nærmere inn på dette.

4.3. Om medlemsstatenes plikt til nasjonal håndhevelse av EU/EØS-konkurranseretten

Norge er gjennom EØS-avtalen forpliktet til at EØS konkurransereglene skal kunne håndheves her i landet av EU-kommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan.

Sentralt for vår sak er at norske internadvokaters taushetsplikt i slike tilfeller ikke vil være beskyttet overfor EU/EØS-organene, jf. sak 155/79 AM & S Ltd. (1982):

«[I]t must ... be concluded that ... the Commission [is empowered] to require ... written communications between lawyer and client, that power is, however, subject to a restriction imposed by the need to protect confidentiality ... provided that the communications in question are exchanged between an independent lawyer, that is to say one who is not bound to his client by a relationship of employment, and his client.»

Som fremhevet i sak C-550/07 P Akzo Nobel (avsnitt 102), er EU-domstolens løsning for beslag av advokatkorrespondanse begrenset til slik bevissikring som Kommisjonen (eventuelt ESA) foretar selv:

«The Commission's powers under Regulation No 17 and Regulation No 1/2003 may be distinguished from those in enquiries which may be carried out at national level. Both types of procedure are based on a division of powers between the various competition authorities. The rules on legal professional privilege may, therefore, vary according to that division of powers and the rules relevant to it.»

Spørsmålet er om samme regel likevel må legges til grunn ved nasjonal håndhevelse, slik vår sak gjelder.

EØS-avtalen krever ikke nasjonal håndheving tilsvarende det som gjelder i EU for de parallelle bestemmelsene i artiklene 101 og 102 i TFEU, jf. rådsforordning 1/2003 artikkel 35 nr. 1.

Norske konkurransemyndigheters plikt til selv å håndheve EØS-avtalens konkurranseregler følger av enighet mellom EFTA-statene om frivillig å etablere et system som speiler systemet i EU med desentralisert håndheving, jf. ODA-avtalens protokoll 4, kapittel II artikkel 40.

Artikkel 40 – som er parallell med forordning 1/2003 artikkel 35 nr. 1 i EU – lyder slik:

«The EFTA States shall designate the competition authority or authorities responsible for the application of Articles 53 and 54 of the EEA Agreement in such a way that the provisions of this Chapter are effectively complied with. The authorities designated may include courts.»

Noen EU/EØS-regel som harmoniserer nasjonale konkurransemyndigheters beslagsadgang, foreligger imidlertid ikke. Som fastsatt i ODA-avtalens protokoll 4 kapittel II artikkel 22 (og i ekvivalenten i forordning 1/2003 for EU-landene), skal nasjonal håndhevelse derimot skje «in accordance with ... national law». At forordningen i utgangspunktet ikke griper inn i nasjonal prosessautonomi, er også fremhevet i fortalen til forordning 1/2003 punkt 5.

Norske internadvokater vil dermed i utgangspunktet være vernet av beslagsforbudet ved nasjonal håndhevelse som i denne saken, jf. punkt 3 over.

Det avgjørende for hvorvidt intern rett er forenlig med EU/EØS-retten blir dermed om beslagsforbudet er i strid med det EU/EØS-rettslige effektivitetsprinsippet som begrenser nasjonale prosessregler hvis EØS-retten ellers ikke blir håndhevet tilstrekkelig effektivt.

4.4 Effektivitetsprinsippet

EU-domstolens praksis, jf. blant annet sak C-430/93 og C-431/93 Van Schijndel, utdyper hva som tradisjonelt har ligget i kravet om effektiv håndheving.

I premiss 17 heter det:

«In the absence of Community rules governing the matter, it is for the domestic legal system of each Member State to designate the courts and tribunals having jurisdiction and to lay down the detailed procedural rules governing actions for safeguarding rights which individuals derive from the direct effect of Community law. However, such rules must not be less favourable than those governing similar domestic actions nor render virtually impossible or excessively difficult the exercise of rights conferred by Community law ...».

Som det fremgår, vil beslags- og bevisforbud for internadvokatkorrespondanse ikke stå seg hvis EU/EØS-konkurransereglene blir «virtually impossible or excessively difficult» å håndheve.

Lagmannsretten kan vanskelig se at effektivitetsprinsippet i sin alminnelige form kan begrunne en annen tolkning av gjeldende norske regler om beslagsforbud i internadvokatkorrespondanse. Beslags- og bevisforbudet etter straffeprosessloven § 119 er begrenset til ansatte med advokatbevilling og rådgivning som gjelder «egentlig advokatvirksomhet». Den blotte innkopiering av advokat i korrespondansen – sågar intern som ekstern – begrunner dermed ikke beslagsfrihet i seg selv. Prosessreglene gir derfor

Konkurransetilsynet en vid adgang til å ta beslag ved speilkopiering av telefoner, teams, e-post-kontoer mv. Lagmannsretten kan på denne bakgrunn ikke se at håndhevingen av EØS-konkurranseretten, verken i denne eller i andre saker, blir umulig eller uforholdsmessig vanskeliggjort gjennom unntaket for internadvokatkorrespondanse. Lagmannsretten oppfatter heller ikke at Konkurransetilsynet anfører dette.

Det springende punktet blir dermed om ODA-avtalens protokoll 4, kapittel II artikkel 40, som reflekterer forordning 1/2003, gir grunnlag for et skjerpet effektivitetskrav på EU/EØS-konkurranserettens område som krever at nasjonale konkurransemyndigheter har samme beslagsadgang som Kommisjonen når EU/EØS-konkurransereglene håndheves.

KLP har for lagmannsretten fremlagt en oversikt over hvilke EU-land som forbyr beslag i internadvokatkorrespondanse. Oversikten viser at flere EU-land har nasjonale prosessregler som ikke åpner for slike beslag. Dersom Konkurransetilsynets oppfatning skulle være riktig, betinger dette dermed traktatbrudd fra en rekke medlemsstater, og må antas å være politisk kontroversielt. Man skulle dermed forvente at det var sagt tydelig i forordningsteksten, eller i alle fall uttrykkelig kommentert i fortalen, hvis meningen var å holde internadvokater utenfor i konflikt med sentrale og innarbeidede rettssikkerhetsgarantier i mange medlemsland. Men hverken i forordningsteksten eller fortalen finner man noe uttrykkelig om dette.

Om rekkevidden av forordning 1/2003, legger EU-domstolen i sak C-550/7 Akzo-Nobel (avsnitt 83) derimot til grunn at:

«Although it is true that Regulation 1/2003 has introduced a large number of amendments to the rules of procedure relating to European Union competition law, it is also the case that those rules do not suggest that they require lawyers in independent practice and in-house lawyers to be treated in the same way with respect to legal professional privilege, since that principle is not at all the subject-matter of the regulation.»

Dersom det av forordningen skulle kunne utledes et særskilt effektivitetskrav som innebærer at nasjonale myndigheter skal ha innsyn i internadvokatkorrespondanse, får dette dermed konsekvenser som fjerner seg langt fra forordningens tiltenkte og ordinære anvendelsesområde. Det mest iøynefallende er at advokatprivilegiet i realiteten blir harmonisert, selv om dette ikke var siktemålet for forordningen.

En særskilt begrensning av prosessautonomien må derfor, slik lagmannsretten oppfatter hovedlinjen i forordningens kompetansedeling, i så fall bygge på nokså klare holdepunkter i rettskildematerialet, især når inngrep gjelder en så vidt sentral og innarbeidet rettssikkerhetsgaranti i flere medlemsland.

Formuleringen «effectively complied with» i forordningsteksten, holdt opp mot utgangspunktet om nasjonal prosessrett i artikkel 22, taler derimot mot en slik forståelse. Språklig naturlig henviser dette til det alminnelige effektivitetsprinsippet, jf. ovenfor.

Slik lagmannsretten ser det, tilsier EU-domstolens praksis det samme.

EU-domstolen har riktig nok så langt ikke vurdert advokatprivilegiet knyttet til nasjonal håndhevelse av konkurransereglene. Av C-550/7 Akzo-Nobel fremgår det imidlertid i avsnitt 69-72 at domstolen var kjent med at løsningene varierte nasjonalt, men at (avsnitt 113):

«[i]t must be recalled that, in accordance with the principle of national procedural autonomy, in the absence of European Union rules governing the matter, it is for the domestic legal system of each Member State to designate the courts and tribunals having jurisdiction and to lay down the detailed procedural rules governing actions for safeguarding rights which individuals derive from European Union law ... ».

Om behovet for lik regulering på tvers av landegrensene, heter det videre i avsnitt 114-115 at:

«However, in the present case, the Court is called on to decide on the legality of a decision taken by an institution of the European Union on the basis of a regulation adopted at European Union level, which, moreover, does not refer back to national law.

The uniform interpretation and application of the principle of legal professional privilege at European Union level are essential in order that inspections by the Commission in anti-trust proceedings may be carried out under conditions in which the undertakings concerned are treated equally. If that were not the case, the use of rules or legal concepts in national law and deriving from the legislation of a Member State would adversely affect the unity of European Union law. Such an interpretation and application of that legal system cannot depend on the place of the inspection or any specific features of the national rules.»

Harmoniseringssynspunktet er dermed uttrykkelig begrenset til at vernet ikke kunne variere overfor Kommisjonen avhengig av hvor bevissikringen fant sted. Når dommen ut over dette er taus med hensyn til advokatprivilegiet i nasjonal rett, er det under disse forhold nærliggende å trekke den slutningen at EU-domstolen har akseptert at vernet kan være annerledes i medlemsstatene når nasjonale konkurransemyndigheter håndhever de samme konkurransereglene.

At det ikke er noen EU-rettslig forventning til at internadvokater ekskluderes fra advokatprivilegiet på nasjonalt nivå, harmonerer også best med senere direktiv:

I Direktiv 2019/1 (ECN+), som nettopp skal styrke nasjonale konkurransemyndigheters evne til å håndheve konkurransereglene effektivt, er adgangen til bevissikring harmonisert uten at advokatprivilegiet er problematisert overhodet. I fortalen avsnitt 14 fremgår det derimot bare at:

«The exercise of the powers, conferred by this Directive on NCAs, including the investigative powers, should be subject to appropriate safeguards which at least comply with the general principles of Union law and the Charter of Fundamental Rights of the European Union, in accordance with the case law of the Court of Justice of the European Union, in particular in the context of proceedings which could give rise to the imposition of penalties. These safeguards include the right to good administration and the respect of undertakings' rights of defence, an essential component of which is the right to be heard.»

Holdt opp mot at forordning 1/2003 uttrykkelig ikke harmoniserer prosessreglene, EU-domstolens uttalelser om spørsmålet, og at det opplagt har vært kjent at advokatprivilegiet varierer mellom medlemsstatene, har lagmannsretten vanskelig for å forstå tausheten på annen måte enn at det aldri har vært oppfattet slik, eller vært noen forventning om, at EU-retten ekskluderer vern av internadvokatkorrespondanse ved nasjonal etterforskning, heller ikke gjennom et særskilt effektivitetsprinsipp.

Som påpekt av Eric Gippini-Fournier, *Legal Professional Privilege in Competition Proceedings Before the European Commission: Beyond the Cursory Glance*, *Fordham International Law Journal* (2004) s. 967–1048 (på s. 972), strider det heller ikke mot EU-rettens system at det gjelder andre regler for Kommisjonen enn de som gjelder nasjonale organ:

«... EU law does not directly require national investigations and proceedings to protect legal privilege to the same standard as that defined by the Court of Justice for Commission investigations. National rules recognizing a broader scope for legal privilege are compatible with the existence of a narrower standard in investigations conducted by the Commission.»

Lagmannsrettens konklusjon så langt er altså at EU-retten ikke krever at Konkurransetilsynet skal kunne ta beslag i internadvokatkorrespondanse.

Det som ellers er anført, kan ikke røkke ved dette.

Avgjørelsene Konkurransetilsynet har vist til fra EU-domstolen praksis – C-439/08 *Vebic*, C-681/11 *Schenker*, C-428/14 *DHL* og C-57/21 *RegioJet* – kan riktig nok tyde på en viss skjerpning effektivitetsprinsippet innen EU-konkurranseretten, i alle fall for enkelte spørsmål.

Håvard Olai Holsen, *Konkurransemyndighetenes rett til innsyn i advokatkommunikasjon*, *LoR* 2022 s. 371-387 (på s. 385) antar i så måte at:

«[d]ommene ... [gir] ikke noe tydelig svar på hvor langt prinsippene om effektiv og enhetlig håndheving strekker seg. Det kan ikke være slik at enhver begrensning på nasjonale konkurransemyndigheters informasjonstilgang rammes av effektivitetsprinsippet. Det ville undergravet kompetanses skillet som forordningen foreskriver mellom Kommisjonen og ESA på den ene siden, og nasjonale konkurransemyndigheter på den andre. Likevel gir dommene inntrykk av at håndhevelsesmulighetene ikke kan være altfor ulike. Nasjonale konkurransemyndigheter må ha anledning til å håndheve forbudene, og forbudene må håndheves slik at resultatene blir mest mulig like på tvers av landegrensene.»

Dommene har likevel liten overføringsverdi til vår sak. Sakene gjelder konkurransemyndighetenes mulighet til å forsvare egen avgjørelse i retten, adgangen til lemping av sanksjoner nasjonalt og forholdet mellom offentlig og privat håndheving. Det var således ikke i noen av sakene tale om å gjøre inngrep i grunnleggende og etablerte rettssikkerhetsgarantier knyttet til individers og selskapers rett til forsvar. Ved slike inngrep blir hensynene andre, særlig i lys av tilbakevirkende og alvorlige effekter av dette overfor selskap som har innrettet seg på at internadvokatkorrespondansen var konfidensiell. Vår sak ligger dermed klart annerledes enn slike funksjonelle og institusjonelle hindre EU-domstolen har satt til side i forannevnte saker av hensyn til effektiv håndhevelse av konkurransereglene.

Slik lagmannsretten ser det, er det derfor ikke holdepunkter i den praksisen som foreligger i dag, for at vurderingstemaet i saker om advokatprivilegiets rekkevidde vil være annerledes enn ved vurdering av effektivitetsprinsippet generelt, jf. ovenfor. Med det innholdet EU-domstolen fram til nå har lagt inn i effektivitetsprinsippet, står det for lagmannsretten klart at effektivitetsprinsippet ikke kan sette advokatprivilegiet for internadvokater til side, slik ordningen er i norsk rett.

Når disse utgangspunktene anvendes i vår sak, kan det slås fast at en fortolkning av EØS-konkurranseloven § 6 første ledd, jf. konkurranseloven § 25 fjerde ledd sjette punktum, jf. straffeprosessloven § 119 som verner internadvokater mot beslag, er forenlig med EØS-retten.

Andre grunnlag som eventuelt skulle stille strengere krav til innsyn enn EU-retten, er ikke anført.

Det blir etter dette ikke nødvendig å ta stilling til det som ellers er anført om gjennomføring i norsk rett, heller ikke til KLP sin anførsel om at forordningen artikkel 35 ikke er innlemmet i EØS-avtalen, og derfor uansett ikke er en del av EØS-retten. Lagmannsretten har som følge av konklusjonen heller ikke funnet det nødvendig å ta stilling til om Konkurransetilsynet kan «påberope» effektivitetsprinsippet. Når lagmannsretten har kommet til at det ikke eksisterer en EU-/EØS-rettslig forpliktelse som beskrevet, har det heller ikke blitt nødvendig å ta stilling til Konkurransetilsynets anførsler om at presumsjonsprinsippet, EØS-konform tolkning, forrang og sektormonisme, leder til en forståelse i tråd med statens syn.

Konkurransetilsynet har ikke angrepet tingrettens avgjørelse av hvilke dokumenter som konkret er underlagt beslagsfrihet.

Anken har etter dette ikke ført frem, og blir forkastet, jf. tvisteloven § 29-23 andre ledd.

IV Sakskostnader

Lagmannsretten legger til grunn at spørsmålet om sakskostnader skal avgjøres etter tvisteloven.

Selv om KLP ikke fikk medhold i kravet om avvisning av anken, fremstår det som klart at KLP har vunnet saken «fullt ut eller i det vesentlige», jf. tvisteloven § 20-2 andre ledd, jf. første ledd. Det foreligger ikke «tungtveiende grunner» som gjør det «rimelig» å fritta Konkurransetilsynet helt eller delvis fra sakskostnadsansvaret etter § 20-2 tredje ledd. KLP har derfor krav på full erstatning for sine «nødvendige sakskostnader», jf. § 20-5 første ledd.

Advokat Jervell har lagt frem sakskostnadsoppgave for seg og rettslig medhjelper Lian. Det er krevd totalt 1 035 736 kroner for behandlingen i lagmannsretten, inkludert salær og utlegg til reise og opphold i Bergen. Det er oppgitt en gjennomsnittlig timepris på 4 057 kroner eks. merverdiavgift, basert på 253,75 timers arbeid. Konkurransetilsynet har reist innvendinger mot den samlede tidsbruken.

Hva som utgjør «nødvendige kostnader» etter tvisteloven § 20-5 første ledd, beror på en samlet vurdering av hva som er rimelig å pådra i den konkrete saken. I dette ligger en proporsjonalitetsvurdering, jf. HR-2023-1128-A avsnitt 99, jf. HR-2020-611-A avsnitt 67. Det er i forarbeidene gitt «klare signaler» om at kostnadsnivået i sivile saker skal reduseres, jf. HR-2020-1515-U avsnitt 20 med videre henvisninger.

Lagmannsretten mener at den gjennomsnittlige timeprisen ikke i seg selv gir grunnlag for reduksjon, jf. HR-2020-1515-U avsnitt 23. Saken har krevd spesialkompetanse innen EU-/EØS-rett for en forsvarlig behandling.

Saken ble prosedert over én noe forlenget rettsdag i lagmannsretten, der det samme rettsstoffet ble prosedert for tingretten. Det rettslige grunnlaget Konkurransetilsynet har påberopt har imidlertid variert, og har også i forbindelse med ankebehandlingen vært noe vanskelig tilgjengelig. Dette har etter lagmannsrettens vurdering medført merarbeid, slik det også er redegjort for i sakskostnadsoppgaven.

Videre legger lagmannsretten vekt på at saken reiser prinsipielle og komplekse rettsspørsmål, med betydning ikke bare for partene, men også for advokatstanden generelt. Det har derfor vært forsvarlig og hensiktsmessig å benytte flere advokater for å sikre en effektiv og grundig behandling.

Selv om det samlede kravet er høyt, finner lagmannsretten etter en konkret vurdering at kostnadene fremstår som nødvendige og forholdsmessige i lys av sakens karakter, kompleksitet og betydning. Timebruken overstiger ikke det som må anses som nødvendig for en forsvarlig behandling. KLP tilkjennes derfor sakskostnader i samsvar med det fremsatte kravet.

Partshjelperen har ikke fremmet sakskostnadskrav.

Lagmannsretten finner ikke grunn til å endre tingrettens sakskostnadsavgjørelse.

Kjennelsen er enstemmig.

SLUTNING

1. Anken forkastes.
2. I sakskostnader for lagmannsretten betaler Staten v/Konkurransetilsynet til Kommunal Landspensjonskasse Gjensidig Forsikringsselskap 1 035 736 – énmilliontrettifemtusensjuhundreogtrettiseks – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelse av denne kjennelsen.

Arnt E. Skjefstad

Ellen Eikeseth Mjøs

Svein Åge Skålnes

Dokument i samsvar med undertegnet original.
Marie Helgesen Heibø