

Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet
Postboks 8004 Dep.
0030 Oslo

Også sendt pr. e-post: postmottak@fad.dep.no

Deres ref.:

Dok. nr.: 164191

Saksbehandler: Stian Oen
sto@advokatforeningen.no

07.10.2013

Høring – Forskrift om opplysningsplikt og bevissikring

1. Innledning

Vi viser til departementets høringsbrev av 5. juli d.å. vedrørende ovennevnte høring.

Det er en prioritert oppgave for Advokatforeningen å drive rettspolitisk arbeid gjennom høringsuttalelser. Advokatforeningen har derfor en rekke lovutvalg inndelt etter fagområder. I våre lovutvalg sitter advokater med særskilte kunnskaper innenfor det aktuelle fagfelt og hvert lovutvalg består av advokater med ulik erfaringsbakgrunn og kompetanse innenfor fagområdet. Arbeidet i lovutvalgene er frivillig og ulønnet.

Advokatforeningen ser det som sin oppgave å være en uavhengig høringsinstans med fokus på rettssikkerhet og på kvaliteten av den foreslåtte lovgivningen.

I saker som angår advokaters rammevilkår vil imidlertid regelendringen også bli vurdert opp mot advokatbransjens interesser. Det vil i disse tilfellene bli opplyst at vi uttaler oss som en berørt bransjeorganisasjon og ikke som et uavhengig ekspertorgan. Årsaken til at vi sonderer mellom disse rollene er at vi ønsker å opprettholde og videreutvikle den troverdighet Advokatforeningen har som et uavhengig og upolitisk ekspertorgan i lovgivningsprosessen.

I den foreliggende sak uttaler Advokatforeningen seg som ekspertorgan. Saken er forelagt lovutvalget for Europa- og konkurranserett, som består av Ingvald Falch (leder), Harald Evensen, Morten Goller, Stein Ove Solberg og Monica Syrdal.

2. Sakens bakgrunn

Vi viser til departementets høringsbrev av 5. juli d.å. vedrørende ovennevnte høring.

3. Kommentarer til forslaget

1.1 Generelt

Advokatforeningen stiller seg positiv til at det nå utarbeides ny forskrift om opplysningsplikt og bevissikring. Forslaget gjenspeiler de endringer og forbedringer som var intensjonen med endringene i konkurranseloven, og rydder opp i en del bestemmelser som kunne være

problematiske i gjeldende forskrift. Advokatforeningen ser det særlig som positivt at man, i tråd med forarbeidene, styrker vernet mot selvinkriminering og vernet mot innsyn i advokatkorrespondanse, samt at det gis nye regler om elektroniske beslag. Det er også positivt at det foreslås en ny definisjon av overskuddsinformasjon.

Advokatforeningen ser at det er rettslig uklarhet på flere av de områder som foreslås regulert i den nye forskriften, og at det er krevende å utforme egnede bestemmelser. Forslaget innebærer på vesentlige punkter en klar forbedring sammenliknet med gjeldende rett. På enkelte punkter er det likevel etter Advokatforeningens syn rom for forbedringer, og Advokatforeningens høringssvar vil særlig fokusere på sistnevnte.

1.2 Forhold som ikke er regulert – retten til advokatrepresentasjon ved kontroll og forklaringsopptak

Advokatforeningen har i sin tidligere høringsuttalelse til NOU 2012:7 støttet konkurranselovutvalgets forslag om at Konkurransetilsynet verken skal foreta beslag eller avhør før advokat er på stedet. Advokatforeningen merker seg at departementet i proposisjonen på side 83 uttaler at det ikke er særlig mye vunnet ved å lov- eller forskriftsfeste at kontrollen ikke kan begynne før advokat er på stedet. Advokatforeningen mener fortsatt at det bør forskriftsfestes at Konkurransetilsynet skal utsette kontrollen inntil advokat er til stede, dersom advokat bringes til stedet innen rimelig tid.

Det foreslås følgende tillegg til utkastet til forskrift § 5:

”Dersom den som er gjenstand for bevissikring ønsker dette, skal Konkurransetilsynet ikke iverksette bevissikring før advokat er til stede, forutsatt at slik advokat er til stede innen rimelig tid.”

Av enda større betydning er at den som utsettes for bevissikring i form av forklaringsopptak, har rett til å la seg bistå av advokat i forbindelse med avhør. I en avhørssituasjon kan det oppstå en rekke vanskelige spørsmål knyttet til selvinkrimineringsvernets anvendelsesområde og nærmere innhold. Som det også fremgår av forarbeidene, er det stor grad av rettsusikkerhet på disse områdene. Advokatbistand er dermed avgjørende for selvinkrimineringsvernets effektivitet.

På denne bakgrunnen mener Advokatforeningen at det bør tas inn en bestemmelse i forskriften som slår fast at den som skal avhøres, har rett til å la seg bistå av advokat, og at avhør ikke kan påbegynnes før advokat er på stedet. Advokatforeningen foreslås at dette gjennomføres ved et tillegg til forskriftsforslagets § 4, se punkt 3.3 nedenfor.

1.3 Lydopptak – utkastet § 3

Utkastets § 3 første punktum gir hjemmel for at opplysninger som gis muntlig etter konkurranseloven § 24 kan lagres som lydopptak. Det gis videre bestemmelser om sammendrag og om den avhørtes adgang til å gjennomgå og korrigere dette. Bestemmelsen er ikke materielt endret fra gjeldende forskrift.

Advokatforeningen mener det ville være en fordel om det forskriftsfestes nærmere prosedyrer for lydopptak. Det foreslås at Konkurransetilsynet *skal* ta lydopptak når opplysninger gis muntlig i forbindelse med kontrollbesøk, forutsatt at den avhørte samtykker. Det vil være en fordel både for den avhørte og Konkurransetilsynet at det ikke i ettertid kan sås tvil om hva som egentlig ble sagt, eller om sammendraget gir en fullstendig og korrekt beskrivelse av forklaringen. Etter det Advokatforeningen kjenner til, bruker Konkurransetilsynet allerede i dag regelmessig å ta lydopptak av forklaringer. Opptak av forklaringer brukes heller ikke i et slikt omfang at ressurs hensyn vil være noe avgjørende motargument. Advokatforeningen kan ikke se at det finnes noen vektige argumenter mot å forskriftsfeste en plikt til å foreta lydopptak.

Videre bør den avhørte få en kopi både av selve lydopptaket og av sammendraget.

Da det i første rekke er foretaket som risikerer sanksjoner for eventuelle overtredelser av konkurranseloven, vil også foretaket gjennomgående ha en legitim interesse i referat og opptak fra muntlige forklaringer. Etter EØS-reglene er det foretaket som har rett til kopi av opptak eller referat fra en muntlig forklaring, jf. artikkel 4(2) i del III i Protokoll 4 til Overvåknings- og domstolsavtalen (tilsvarende gjennomføringsforordningen artikkel 4(2)). Lovens hovedregel etter lovendringene er at Konkurransetilsynet skal ta med kopier av dokumenter og gi foretaket en opptegning av hva som er kopiert. Ved speilbeslag, eller beslag av originaldokumenter, skal foretaket gis kopi. Referat og lydopptak av forklaringer bør prinsipielt ikke stilles annerledes enn dokumenter og elektronisk materiale.

Det foreslås på denne bakgrunnen følgende endringer i § 3:

"Opplysninger som gis muntlig etter konkurranseloven § 24 skal lagres som lydopptak såfremt den som skal avhøres, samtykker. Den som gir opplysningene skal på forhånd underrettes om at det skal benyttes lydopptak. Ved lydopptak skal vedkommende konkurransemyndighet nedtegne et sammendrag av opplysningene, enten samtidig eller så snart som mulig. Den som gir opplysningene skal gis adgang til å gjennomgå og korrigere sammendraget. Sammendraget skal så vidt mulig forelegges den som gir opplysningene for underskrift. Dersom vedkommende nekter å underskrive, skal dette fremkomme av sammendraget. Den som avhøres og det foretak som er gjenstand for bevissikring skal gis kopi av sammendraget og lydopptaket"

1.4 Informasjon om selvinkrimineringsvernet - utkastet § 4

Advokatforeningen støtter intensjonen om at Konkurransetilsynet må gi den som skal avhøres nærmere informasjon om selvinkrimineringsvernet. Dette er avgjørende både for enkeltpersoners og foretaks muligheter til å nyttiggjøre seg vernet. Den bestemmelsen som er foreslått i utkast til forskrift § 4, er imidlertid gitt en helt generell utforming. Ifølge høringsbrevet er bestemmelsen ikke ment å legge føringer på hvordan Konkurransetilsynet praktisererplikten til å gi informasjon om selvinkrimineringsvernet, og det vil være opp til tilsynet selv å lage retningslinjer for dette.

Advokatforeningen anser denne reguleringsformen som utilfredsstillende. Selv om Advokatforeningen støtter valget om ikke å regulere innholdet i vernet nærmere i loven, er selvinkrimineringsvernet en sentral rettssikkerhetsgaranti som risikerer å bli uthulet dersom informasjonen som gis, er så generell at den ikke er egnet til å gi den avhørte selv et forsvarlig vurderingsgrunnlag i vedkommendes situasjon. Konkurransetilsynet bør derfor ha plikt til å informere nærmere om innholdet i selvinkrimineringsvernet for at bestemmelsen skal ha noen reell verdi for den avhørte. Dette innebærer blant annet at tilsynet må informere nærmere om hva som er vernets innhold i den konkrete situasjon. Forskriften må inneholde prosedyreregler som sikrer at Konkurransetilsynet gir informasjon som er relevant for den som skal avhøres. Utforming av slike prosedyrer kan derfor ikke overlates til Konkurransetilsynet selv.

Konkurransetilsynets plikter i forbindelse med selvinkriminering bør etter Advokatforeningens syn omfatte følgende forhold:

- ◆ Det må gis informasjon om hva innholdet i selvinkrimineringsvernet går ut på for den som skal avhøres. Informasjonen må tilpasses den enkeltes situasjon, og innholdet kan være avhengig av om vedkommende er vernet mot selvinkriminering personlig og/eller som representant for foretaket. Det bør ikke være tilstrekkelig å gi en generell, standardisert orientering om selvinkrimineringsvernet (for eksempel i form av et skriv eller lignende som er laget på forhånd).
- ◆ Konkurransetilsynet bør, før informasjon gis, ha plikt til å foreta en vurdering av om den som skal avhøres, kan være å anse som straffesiktet iht. EMK artikkel 6, og/eller om vedkommende tilhører den personkrets som kun forklarer seg som representant for foretaket og om foretaket i så fall må anses som straffesiktet iht. til EMK artikkel 6.
- ◆ Konkurransetilsynet må pålegges å informere om straffansvaret for den som forsettlig eller grovt uaktsomt gir uriktige eller ufullstendige opplysninger til konkurransemyndighetene, jf konkurranseloven § 30 bokstav d).
- ◆ Konkurransetilsynet må pålegges å informere om at den som avhøres, har rett til å ha advokat til stede under avhøret. Retten til å bruke advokat er sentral for den avhørtes mulighet til å identifisere hvilke forhold vedkommende ikke er forpliktet til å forklare seg om.
- ◆ Konkurransetilsynet må pålegges å ta hensyn til selvinkrimineringsvernet ved utformingen av spørsmål. Prinsippene i påtaleinstruksen § 8-2 bør gjelde så langt de passer, herunder prinsippet om størst mulig grad av sammenhengende forklaring, krav til spørsmålsstilling og krav til Konkurransetilsynets tjenestemenns opptreden og gjennomføring av avhøret. Det vises i denne forbindelse særlig til påtaleinstruksens § 8-2 annet til sjetten ledd.

Forskriftens § 4 foreslås endret slik:

” Informasjon om selvinkrimineringsvernet *med mer*

Ved muntlige forklaringsopptak har vedkommende foretak eller person rett til å la seg bistå av advokat.

Før det opptas muntlig forklaring som ledd i Konkurransetilsynets undersøkelse av mulig brudd på konkurranseloven, skal vedkommende foretak eller person *gis individuelt tilpasset informasjon om vernet mot selvinkriminering, om retten til å la seg bistå av advokat under forklaringen, om vedkommende eller det foretak vedkommende representerer er å anse som siktet og om straffeansvaret i konkurranseloven § 30 bokstav d). Påtaleinstruksens § 8-2 annet til sjette ledd gjelder tilsvarende.*

1.5 Tingrettens beslutning – utkastet § 5

Det er ikke foreslått endringer i § 5 første ledd som fastslår at tingrettens beslutning skal leses opp eller forevises. I lys av de nye innholdskravene til tingrettens beslutning, jf. lovens § 25 tredje ledd tredje punktum, vil imidlertid tingrettens beslutning få større informasjonsverdi enn tidligere.

Advokatforeningen er derfor av den oppfatning at foretaket bør få kopi av beslutningen. Det vises til at dette også er systemet ved kontrollbesøk etter EØS-reglene, der ESA skal overlevere en bekreftet kopi av sin egen beslutning. Advokatforeningen foreslår derfor følgende endring av ordlyden i § 5 første ledd:

”Ved bevissikring etter konkurranseloven § 25, skal tingrettens beslutning leses opp eller forevises, jf. straffeprosesseloven § 200 første ledd første punktum. Foretaket skal gis kopi av tingrettens beslutning.”

Utkastet til forskrift § 5 annet ledd lyder:

”Tingrettens angivelse av kontrollens formål har ikke avgjørende betydning for hvilke gjenstander Konkurransetilsynet kan beslaglegge”.

I høringsbrevet uttales at formålet med bestemmelsen er å tydeliggjøre forarbeidenes forutsetning om at rettens angivelse av kontrollens formål ikke skal ha betydning for hvilke dokumenter som kan beslaglegges under bevissikringen, jf. Prop 75L side 90 og NOU 2012:7 side 90.

Advokatforeningen vil påpeke at disse uttalelsene i forarbeidene ikke kan gjelde uten forbehold. Dersom Konkurransetilsynet under en kontroll helt fritt skulle kunne søke etter og/eller ta beslag i dokumenter eller gjenstander med sikte på bevise andre overtredelser av konkurranseloven eller andre straffbare forhold enn dem tingrettens beslutning gjelder, må dette være ulovlig. Noe annet ville undergrave rettens legalitetskontroll, dvs. prøving av om lovens vilkår for å foreta kontroll foreligger. I EU/EØS-retten er dette gjerne formulert slik at Kommisjonen/ESA ikke har rett til ”å gå på fisketur”. Dersom Kommisjonen/ESA tar kopi av

dokumenter som ligger utenfor beslutningen om kontroll, kan dokumentene ikke benyttes som bevis i et etterfølgende realitetsvedtak.¹

Dette har også en side til reglene om tilbakelevering av overskuddsinformasjon, jf. utkastet § 8. Konkurransetilsynet kan ikke ha fri adgang til å ta beslag i gjenstander, dokumenter og elektronisk informasjon som uansett må tilbakeleveres.

Advokatforeningen legger til grunn at det som er ment, er at Konkurransetilsynet skal ha en relativt vid skjønnsmargin ved vurderingen av hvilke dokumenter og gjenstander som kan tenkes å ha betydning som bevis i forhold til det sakskompleks bevissikringen gjelder.

Advokatforeningen foreslår at § 5 annet ledd i stedet utformes på følgende måte:

”Konkurransetilsynet kan kun ta beslag i gjenstander som vil kunne tjene som bevis for den overtredelse som er identifisert i tingrettens beslutning, jf konkurranseloven § 25 tredje ledd”.

1.6 Gjennomgang og tilbakelevering av dokumenter utkastet § 7

Utkastet § 7 første ledd fastsetter at Konkurransetilsynet kan gjennomgå dokumenter der det er hensiktsmessig. Samtidig fremgår det av utkastet § 9 at dokumenter og annet så langt det er praktisk mulig, skal gjennomgås på kontrollstedet. Reglene er uendret fra gjeldende forskrift. Av merknadene til gjeldende forskrift § 8 fremgår det at hensikten med bestemmelsen er å sikre at Konkurransetilsynet kan gjennomgå elektronisk informasjon ”i lokaler som disponeres av personer/selskaper som tilsynet låner teknisk undersøkelsesutstyr av eller benytter kompetansen til.”

Advokatforeningen mener at formuleringen av forskriftsteksten er uheldig på dette punktet, da det tilsynelatende er motstrid mellom § 7 første ledd og § 9 ved at § 7 første ledd legger opp til en ren hensiktsmessighetsvurdering. For å klargjøre dette foreslås følgende formulering:

”Med forbehold som nevnt i § 9, kan gjennomgang av dokumenter eller annet som er innhentet etter konkurranseloven § 24 eller § 25, foretas der Konkurransetilsynet finner det mest hensiktsmessig.”

Advokatforeningen støtter de nye reglene om elektroniske beslag som nå er tatt inn i loven § 25 fjerde ledd. Dette innebærer en klar forbedring av foretakets muligheter når det gjelder å beskytte opplysninger som er dekket av straffeprosessloven § 204, i praksis advokatkorrespondanse. Det fremgår bl.a. eksplisitt av loven at eventuell uenighet mellom Konkurransetilsynet og den kontrollerte skal avgjøres av tingretten.

Når det gjelder Konkurransetilsynets adgang til å gjennomgå dokumenter for å avklare om disse er dekket av advokatprivilegiet, heter det i utkastet § 7 tredje ledd:

¹ Jf. Kerse, *EC Antitrust Procedure*, femte utgave, s. 180, med henvisning til sak 46/87R *Hoechst* og sak 87/87R *Dow Chemical*

”Konkurransetilsynet kan ikke gjøre seg kjent med innholdet i dokumenter eller annet som faller inn under straffeprosessloven § 204. Konkurransetilsynet kan likevel utføre nødvendige undersøkelser for å identifisere dokumenter eller annet som faller inn under straffeprosessloven § 204. Konkurransetilsynet kan fremlegge dokumenter eller annet for retten for å få avklart om straffeprosessloven § 204 får anvendelse.”

Advokatforeningen merker seg at bestemmelsen er endret i forhold til nåværende forskrift. Ifølge høringsbrevet er det ment å klargjøre at tilsynet ikke har anledning til å gjøre seg kjent med innholdet i slike dokumenter, kun gjøre overfladiske undersøkelser. Advokatforeningen støtter denne intensjonen, og antar at bestemmelsen tar sikte på å oppfylle de synspunkter som kom til uttrykk i forarbeidene. Det vises til NOU 2012:7 s. 94, der det er lagt til grunn at dersom foretaket hevder at dokumentet er beslagsfritt, men dette ikke umiddelbart kan konstateres på grunnlag av for eksempel brevhode, avsender eller liknende, må materialet i samsvar med prinsippet i straffeprosessloven § 205 tredje ledd legges i forseglet konvolutt og bringes inn for tingretten.

Sett mot denne bakgrunnen mener Advokatforeningen at den foreslåtte formulering er noe uklar, og ikke i tilstrekkelig grad sikrer at den ovennevnte prosedyren følges.

For det første gir formuleringen i annet punktum inntrykk av at tilsynet kan utføre alle undersøkelser som er nødvendige for å bringe på det rene om dokumentet dekkes av straffeprosessloven § 204. At dette er begrenset til overfladiske undersøkelser av brevhode, avsender etc., kommer ikke tilstrekkelig klart frem.

For det andre påpekes at løsningen som er valgt, synes å gi myndighetene større mulighet til å gjennomgå dokumenter med sikte på å avgjøre om de faller inn under advokatprivilegiet, enn det som følger av EU/EØS-retten. I *Akzo-dommen*², som det vises til i NOU 2012:7 s. 94, uttalte Retten (avsnitt 81 – 82):

"Nevertheless, on certain occasions, there would be a risk that, even with a cursory look at the document, in spite of the superficial nature of their examination, the Commission officials would gain access to information covered by legal professional privilege. That may be so, in particular, if the confidentiality of the document in question is not clear from external indications.

[...] the Court concludes that an undertaking subject to an investigation under Article 14(3) of Regulation No 17 is entitled to refuse to allow the Commission officials to take even a cursory look at one or more specific documents which it claims to be covered by LPP, provided that the undertaking considers that such a cursory look is impossible without revealing the content of those documents and that it gives the Commission officials appropriate reasons for its view."

² Rettens dom i forente saker T-125/03 og T-253/03. Saken ble også påanket til EU-domstolen, men spørsmålet om Kommisjonens adgang til å gjennomgå korrespondanse med sikte på å avgjøre om den faller inn under advokatprivilegiet, var ikke tema i ankesaken (sak C-550/07 P).

Advokatforeningen mener at de norske reglene også på dette området bør utformes etter mønster av EU/EØS-retten. Den situasjon at selv en overfladisk undersøkelse ikke vil avsløre dokumentets innhold, er ikke upraktisk, og kan for eksempel oppstå når det gjelder håndskrevne notater eller dokumenter, herunder e-poster, uten brevhode eller andre logoer. Det er ingen grunn til at slike dokumenter skal ha mindre beskyttelse enn annen advokatkorrespondanse. Foretaket bør derfor kunne nekte Konkurransetilsynet å se på et dokument overhodet, dersom dette vil være umulig uten å avsløre dokumentets innhold, og foretaket gir en begrunnelse for sitt syn.

For det tredje mener Advokatforeningen at det er uheldig at bestemmelsen i tredje ledd om fremleggelse for retten er formulert som en ”kan”-bestemmelse. Dersom det ikke er mulig å avgjøre om et dokument faller inn under straffeprosessloven § 204 ut fra brevhode, avsender eller andre overfladiske kjennetegn, må konsekvensen være at dokumentet *skal* bringes inn for retten. Dette er klart tilkjennegitt i NOU 2012:7, og det samsvarer med ordningen i EØS-konkurranseretten og med reglene for gjennomgang av elektronisk beslag i den nye bestemmelsen i konkurranseloven § 25 fjerde ledd. En ”kan”-bestemmelse for så vidt gjelder dokumenter og annet som gjennomgås på stedet, vil kunne skape tvil om hva som er riktig fremgangsmåte dersom en overfladisk undersøkelse ikke gjør det mulig å fastslå om et dokument er dekket av straffeprosessloven § 204 eller ikke.

For det fjerde bør det klart fremgå at dersom et dokument skal fremlegges for tingretten for avgjørelse av forholdet til straffeprosessloven § 204, skal det legges i forseglet konvolutt etter prosedyren i straffeprosessloven § 205 tredje ledd.

På denne bakgrunn foreslås følgende formulering av § 7 tredje ledd:

”Konkurransetilsynet kan ikke gjøre seg kjent med innholdet i dokumenter eller annet som faller inn under straffeprosessloven § 204. Konkurransetilsynet kan likevel undersøke ytre kjennetegn slik som brevhode, avsender og lignende, med sikte på å identifisere dokumenter eller annet som faller inn under straffeprosessloven § 204. Straffeprosessloven § 205 tredje ledd annet punktum gjelder tilsvarende dersom

a) det etter slike undersøkelser som nevnt i første punktum ikke lar seg gjøre å fastlå om dokumentet inneholder opplysninger omfattet av taushetsplikt, eller Konkurransetilsynet og foretaket etter slike undersøkelser er uenige om dette, eller
b) foretaket mener at selv slik undersøkelse som nevnt i første punktum, ikke kan gjennomføres uten at innholdet i dokumentet avsløres.”

I utkastet til forskrift § 7 fjerde ledd er det gitt regler om listeføring over dokumenter med sikte på å hindre forveksling. Bestemmelsen er uendret i forhold til gjeldende forskrift. Advokatforeningens erfaring er at det i praksis kan oppstå uenighet om hva slags listeføring som oppfyller forskriftens krav. Slik Advokatforeningen ser det, bør det presiseres at det er de enkelte dokumenter som skal identifiseres. Generelle beskrivelser som ”blå perm funnet på NNs” kontor oppfyller etter Advokatforeningens oppfatning ikke forskriftens krav. Dette bør etter Advokatforeningens oppfatning gjøres tydelig. Alternativt kan Konkurransetilsynet

legge igjen kopi av de dokumenter som er beslaglagt, idet dette også vil oppfylle formålet med identifikasjon av det beslaglagte.

I tillegg til plikten til å føre lister som angitt i forslaget, mener Advokatforeningen at Konkurransetilsynet bør ha plikt til å protokollere eventuelle tilfeller der det etter en overfladisk undersøkelse i medhold av § 7 første punktum ikke lar seg gjøre å konstatere om et dokument er dekket av straffeprosessloven § 204, og tilfeller av uenighet mellom Konkurransetilsynet og foretakets representanter om dette. Det bør fremgå av protokollen hvordan dette ble håndtert. Det vil være uheldig, både for foretaket og for etterforskningens troverdighet, om det i ettertid oppstår tvil om hvorvidt konkurransemyndighetene har opptrådt korrekt ved håndteringen av dokumenter som hevdes å være beslagsfrie.

På denne bakgrunn foreslår Advokatforeningen følgende endringer og tillegg i § 7 fjerde ledd:

”Konkurransetilsynet skal *enten* merke og føre liste over de *individuelle* dokumenter eller annet som er innhentet etter konkurranseloven § 24 eller beslaglagt etter konkurranseloven § 25 *eller legge igjen en kopi av slike dokumenter eller annet*, slik at forveksling unngås. Den kontrollerte skal gis kopi av listen så snart som mulig.

Der et dokument tas med til retten for avgjørelse av om det er underlagt straffeprosessloven § 204, eller Konkurransetilsynet tar beslag i et dokument mot foretakets protest, skal dette protokolleres. Protokollen skal undertegnes av en representant for foretaket. Dersom foretaket nekter å underskrive, skal dette fremkomme av protokollen.”

1.7 Definisjon av overskuddsinformasjon - utkastet § 8

Advokatforeningen støtter intensjonen om å klargjøre definisjonen av overskuddsinformasjon, og deler departementets syn om at nåværende formulering ikke skiller mellom Konkurransetilsynets generelle fullmakter og hva som er relevant i den enkelte sak. Det anses som positivt at dette nå presiseres. Det bidrar til å klargjøre Konkurransetilsynets mandat ved informasjonsinnhenting og er i tråd med generelle prinsipper om at informasjon bare skal brukes for det formål den er innhentet for slik dette er kommet til uttrykk i tingrettens beslutning om bevissikring.

For klarhetens skyld foreslås likevel følgende presisering i utkastet § 8:

”Med overskuddsinformasjon menes i denne forskrift opplysninger om forhold som ikke kan ha betydning som bevis *i saken, jf tingrettens beslutning i henhold til konkurranseloven § 25 tredje ledd* .”

1.8 Gjennomgang av dokumenter for å unngå å ta med overskuddsinformasjon – utkastet § 9

Det vises her til kommentarene til § 7 første ledd.

1.9 Tilbakelevering og bruk av overskuddsinformasjon – utkastet § 10

Intensjonen med bestemmelsen om tilbakelevering av overskuddsinformasjon er at beslaglagte dokumenter eller elektronisk materiale skal tilbakeleveres fortløpende. Advokatforeningens erfaring er imidlertid at dette ikke etterleves i praksis. Selv om det i en del saker kan innebære visse praktiske vanskeligheter, bør det være rom for klare forbedringer. Etter Advokatforeningens oppfatning er det behov for at den kontrollerte gis adgang til å begjære tilbakelevering av nærmere angitte dokumenter, og at det i den forbindelse pålegges Konkurransetilsynet en konkret begrunnelsesplikt dersom tilbakelevering nektes.

Advokatforeningen foreslår følgende tillegg til § 10:

”Den kontrollerte kan fremsette begjæring om tilbakelevering av nærmere angitte dokumenter og andre bevis som inneholder overskuddsinformasjon. Konkurransetilsynet plikter innen to uker etter å ha mottatt slik begjæring enten å utlevere slik overskuddsinformasjon eller gi en skriftlig begrunnelse for sin beslutning om helt eller delvis ikke å etterkomme en slik begjæring. Slik beslutning kan påklages til departementet.

Etter EU/EØS-retten kan dokumenter innhentet på en kontroll, men som ikke var dekket av kontrollvedtaket, ikke brukes som bevis i et etterfølgende realitetsvedtak.³ Advokatforeningen mener at en tilsvarende begrensning knyttet til bevissikringsbeslutningen bør inntas i norsk rett.

Etter Advokatforeningens syn kan overskuddsinformasjon heller ikke benyttes som bevis i andre saker, herunder i andre forvaltningssaker eller straffesaker som ikke gjelder overtredelse av konkurranseloven. Advokatforeningen er av den oppfatning at dette med fordel kan presiseres.

For å ivareta ovennevnte forhold foreslår Advokatforeningen følgende tillegg til § 10:

”Overskuddsinformasjon innhentet ved kontroll kan ikke benyttes som bevis i vedtak om overtredelser av konkurranseloven §§ 10 og 11 som ikke inngår i det saksforhold kontrollen gjaldt, jf tingrettens beslutning om bevissikring, jf konkurranseloven § 25 tredje ledd, eller til andre formål som ikke rammes av konkurranselovens forbudsbestemmelser.”

1.10 Gjennomgang av elektronisk lagret informasjon – utkastet § 12

Advokatforeningen støtter forslaget til nye regler for gjennomgang av elektroniske beslag slik disse er inntatt i loven § 25 fjerde ledd. Forskriftsutkastet § 12 følger opp dette, og Advokatforeningen stiller seg positiv til den foreslåtte prosedyre.

³ Jf. Kerse, *EC Antitrust Procedure*, femte utgave, s. 180, med henvisning til sak 46/87R *Hoechst* og sak 87/87R *Dow Chemical*

I første ledd bør det imidlertid presiseres at dersom Konkurransetilsynet starter forberedelser til dokumentgjennomgang før foretakets representant er til stede, må dette skje uten at dokumenter leses eller lagres på annen maskinvare enn den som skal benyttes ved gjennomgangen.

I tredje ledd beskrives prosedyren for foreleggelse for retten dersom Konkurransetilsynet og den kontrollerte er uenige om opplysninger er omfattet av taushetsplikt. Advokatforeningen stiller seg positiv til dette, men presiserer at de samme regler om overfladisk kontroll av dokumentet etc. må gjelde ved gjennomgang av elektronisk beslag som ved gjennomgang av papirdokumenter, jf. utkastet § 7 tredje ledd. Problemstillinger knyttet til identifikasjon av advokatkorrespondanse kan også lettere komme på spissen ved gjennomgang av elektroniske beslag, fordi det er en risiko for at logoer etc. forsvinner ved kopiering av elektroniske dokumenter til annen program- og maskinvare.

For foretaket er det viktig at Konkurransetilsynet ikke leser advokatkorrespondanse fordi ytre kjennetegn som logoer etc. har gått tapt. Av denne grunn bør det tas inn en henvisning til § 7 tredje ledd.

Advokatforeningen foreslår på denne bakgrunn følgende ordlyd i § 12:

”Retten til å være til stede når Konkurransetilsynet begynner gjennomgangen av beslaglagt elektronisk materiale er ikke til hinder for at Konkurransetilsynet gjør de forberedelser som er nødvendige for at materialet skal kunne gjennomgås, såfremt dette kan skje uten at Konkurransetilsynet leser dokumenter i beslaget eller lagrer elektroniske dokumenter på annen maskinvare enn den som skal benyttes ved gjennomgangen.

Konkurransetilsynet skal så snart som mulig orientere den kontrollerte om når tilsynet tar sikte på å begynne gjennomgangen av det beslaglagte materialet slik at vedkommende får mulighet til å være til stede. Konkurransetilsynet skal sette en rimelig frist for den kontrollerte til å benytte seg av retten.

Dersom Konkurransetilsynet og den kontrollerte ikke blir enige om opplysninger er omfattet av taushetsplikt, skal gjennomgangen av denne delen av beslaget stanses og spørsmålet om opprettholdelse av beslaget avgjøres av tingretten, jf. konkurranseloven § 25 fjerde ledd siste punktum. *§ 7 tredje ledd gjelder tilsvarende.*”

Vennlig hilsen

Erik Keiserud
leder

Merete Smith
generalsekretær