

# **Etterforskning i konkurransesaker**

Redegjørelse for etterforskningsreglene i konkurranse-loven

Kandidatnr: 236

Veileder: Olav Kolstad

Leveringsfrist: 25.04.2005

Til sammen 15489 ord

30.03.2006

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	TEMA OG PROBLEMSTILLINGER	1
1.2	AVGRENSNING	2
1.3	RETTSKILDENE	3
1.4	DEN VIDERE FREMSTILLING	4
<b><u>2</u></b>	<b><u>ETTERFORSKNINGSREGLER I SKJÆRINGSPUNKTET MELLOM FORVALTNINGSPROSESS OG STRAFFEPROSESS</u></b>	<b><u>5</u></b>
2.1	INNLEDNING	5
2.2	NÆRMERE OM DE FORVALTNINGSPROSESSUELLE REGLENE	6
2.3	NÆRMERE OM DE STRAFFEPROSESSUELLE REGLENE	7
<b><u>3</u></b>	<b><u>OPPLYSNINGS- OG UTLEVERINGSPÅLEGG</u></b>	<b><u>12</u></b>
3.1	INNLEDNING	12
3.2	GENERELT OM OPPLYSNINGS- OG UTLEVERINGSPLIKTEN ETTER KRRL. § 24	12
3.3	BEGRENSNINGER I OPPLYSNINGS- OG UTLEVERINGSPLIKTEN	14
3.3.1	SAKLIG SAMMENHENG MED MISTANKEN	14
3.3.2	TAUSHETSPLIKT (HERUNDER OM ADVOKATKORRESPONDANSE)	15
3.3.3	SELVINKRIMINERINGSFORBUDET, JF. EMK ART. 6	16
3.3.3.1	Innledning	16
3.3.3.2	Gjelder forbudet ved tilsynets etterforskning?	17
3.3.3.3	Gjelder selvinkrimineringsforbudet for foretak?	18
3.3.3.4	Omfanget av selvinkrimineringsvernet for foretak	19
3.3.3.5	Når inntreer vernet?	20
3.3.3.6	Konklusjon	22
3.4	UTLEVERINGSPLIKT – SÆRLIGE PROBLEMSTILLINGER	22
3.4.1	INNLEDNING	22
3.4.2	SPESIFIKASJONSKRAVET FOR UTLEVERINGSPÅLEGG	22
3.4.3	PLIKT TIL Å UTLEVERE ORIGINALER?	23
3.4.4	UTLEVERING AV INFORMASJONSBÆRER/LAGRINGSMEDIUM	24

<b>3.5</b>	<b>KLAGEADGANG</b>	<b>24</b>
<b>4</b>	<b>BEVISSIKRING</b>	<b>26</b>
<b>4.1</b>	<b>INNLEDNING</b>	<b>26</b>
<b>4.2</b>	<b>GENERELT OM BEVISSIKRING ETTER KRRL. § 25</b>	<b>26</b>
<b>4.3</b>	<b>VILKÅRENE FOR Å IVERKSETTE BEVISSIKRING</b>	<b>28</b>
<b>4.4</b>	<b>HVOR BEVISSIKRING KAN GJENNOMFØRES</b>	<b>29</b>
<b>4.5</b>	<b>HVA KAN BESLAGLEGGES SOM BEVIS?</b>	<b>32</b>
<b>4.6</b>	<b>BEGRENSNINGER I BEVISSIKRINGSADGANGEN</b>	<b>32</b>
4.6.1	TAUSHETSPLIKT (HERUNDER OM ADVOKATKORRESPONDANSE)	32
4.6.2	EMK ART. 8	38
4.6.3	RETT TIL Å TA MED ORIGINALER UTEN AT FORETAKET FÅR BEHOLDE KOPI?	43
4.6.4	ADGANG TIL BESLAG I ELEKTRONISKE LAGRINGSMEDIER?	44
4.6.5	HÅNDBLÅS AV OVERSKUDDS- OG BESLAGSFRI INFORMASJON	47
4.6.6	RETTE TIL Å HA ADVOKAT TILSTEDE VED BEVISSIKRING	51
<b>4.7</b>	<b>OPPLYSNINGS- OG UMLEVERINGSPÅLEGG GITT UNDER BEVISSIKRING</b>	<b>53</b>
<b>4.8</b>	<b>OVERPRØVING</b>	<b>53</b>
<b>5</b>	<b>AVSLUTNING</b>	<b>54</b>
<b>6</b>	<b>LITTERATURLISTE</b>	<b>55</b>
<b>6.1</b>	<b>LITTERATUR</b>	<b>55</b>
<b>6.2</b>	<b>RETTSPRAKSIS</b>	<b>56</b>
<b>6.3</b>	<b>FORARBEIDER</b>	<b>57</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstillinger

I denne oppgaven vil jeg gi en redegjørelse for reglene som gjelder ved Konkurransetilsynets etterforskning av foretak som er mistenkt for overtredelse av konkurranseloven<sup>1</sup> §§ 10 og 11.

Under etterforskningen står ulike virkemidler til tilsynets disposisjon: For å sikre bevis kan tilsynet gi pålegg om at foretaket som etterforskes skal gi opplysninger og utlevere dokumenter. Tilsynet kan også gå til bevissikring i foretakets lokaler, som i praksis vil si at man foretar ransaking og beslag. Tema for oppgaven er reglene som gjelder for disse etterforskningsskrittene. Jeg har valgt å redegjøre for etterforskningsprosessen i sin helhet, slik at forholdet mellom reglene kommer frem. Dette perspektivet medfører at oppgaven blir en oversiktspreget fremstilling.

Jeg vil imidlertid gå nærmere inn på problemstillinger knyttet til reglenes avveininger mellom effektivitet og rettssikkerhet. Dette er interessant, fordi det gjør seg gjeldende særlige hensyn i konkurransesaker: Konkurranseloven inneholder vide hjemler til å etterforske brudd på lovens forbudsbestemmelser, og resultatet av etterforskningen kan være at foretaket ilegges alvorlige sanksjoner i form av tvangsmulkt, overtredelsesgebyr og straff<sup>2</sup>. I saker om overtredelsesgebyr, som materielt sett er straff, får tilsynet rolle som etterforsker og ”domstol”, fordi tilsynet også avgjør om gebyr skal ilegges. Et sentralt spørsmål blir om disse forholdene gir grunnlag for å anvende straffeprosessuelle rettssikkerhetsregler, herunder den Europeiske menneskerettskonvensjon<sup>3</sup>, ved tilsynets etterforskning.

---

<sup>1</sup> Lov av 5. mars 2004 nr. 12, krrl.

<sup>2</sup> Andre mulige utfall av etterforskningen er at saken henlegges, eller at det gis pålegg om opphør m.v.

<sup>3</sup> 4. november 1950, EMK.

## 1.2 Avgrensning

Jeg vil i utgangspunktet ikke sondre etter hvorvidt etterforskningen dreier seg om overtredelse av konkurranseloven § 10 eller § 11. Dette er fordi reglene som gjelder for Konkurransetilsynets etterforskning stort sett er de samme<sup>4</sup>.

Tilsynets håndheving av reglene om inngrep mot foretakssammenslutninger, jf. krrl. kap. 4, vil ikke bli behandlet. Begrunnelsen er at håndhevingen av foretakssammenslutningsreglene har særtrekk som skiller den fra håndhevingen av krrl. §§ 10 og 11.

Ved ikrafttredelsen av EØS-konkurranseloven<sup>5</sup> vil Konkurransetilsynet få kompetanse til å håndheve EØS-avtalen<sup>6</sup> art. 53 og 54, se EØS-krrl. §§ 1 og 6<sup>7</sup>.

Anvendelsesområdet til krrl. §§ 10 og 11 vil overlappe anvendelsesområdet til art. 53 og 54. I tilfeller hvor begge regelsett er anvendelige, må tilsynet anvende både EØS-reglene og de norske reglene, jf. EØS-krrl. § 7. Ved håndhevelsen av EØS-reglene plikter tilsynet å respektere EØS-rettens alminnelige prinsipper om forsvarlig saksbehandling. I denne oppgaven vil jeg imidlertid ikke behandle håndhevelsen av EØS-reglene, men konsentrere meg om håndhevelsen av den norske konkurranseloven.

---

<sup>4</sup> Dette må modifieres. Forskjeller i de materielle reglene vil kunne gjøre etterforskningen forskjellig. Karteller med mange deltakere vil for eksempel kunne kreve enn annen form for etterforskning enn saker om ett selskaps misbruk av dominerende stilling. Det er også slik at overtredelse av § 10 er belagt med straff etter § 30, bokstav a, mens § 11 ikke er det. Egne straffeprosessuelle sanksjonsregler kan komme inn ved etterforskningen i § 10-saker.

<sup>5</sup> Lov 5. mars 2004 nr. 11, EØS-krrl.

<sup>6</sup> 2. mai 1992

<sup>7</sup> EØS-krrl. er ennå ikke trådt i kraft. Dette skyldes forsinket implementering av rådsforordning 1/2003 i EØS.

I utgangspunktet stiller ikke EØS-retten krav til saksbehandlingsreglene ved etterforskning av brudd på nasjonal lovgivning<sup>8</sup>.

### 1.3 Rettskildene

Utgangspunktet for drøftelsene tas i konkurranseloven. Loven trådte i kraft 1. mai 2004, og erstattet da den tidligere konkurranselov av 11. juni 1993 nr. 65. De sentrale bestemmelsene finnes i krrl. §§ 24 og 25 om opplysnings- og utleveringsplikt og bevissikring. Bestemmelsene er i stor grad videreført fra den gamle loven, og denne vil følgelig kunne gi veiledning ved tolkingen av de nye bestemmelsene<sup>9</sup>.

De viktigste forarbeidene til loven er NOU 2003:12 Ny konkurranselov og Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven). Det foreligger ikke mye rettspraksis på området, og forarbeidene vil derfor være en særlig sentral kilde.

NOU 2003: 15 Fra bot til bedring tar for seg forvaltningsrettslige sanksjoner, og drøfter blant annet problemstillinger som oppstår ved tilsynets etterforskning. Det er derfor grunn til å se hen til utredningen. Siden den ikke er en del av konkurranselovens forarbeider, kan den imidlertid ikke tillegges avgjørende vekt ved tolkingen av krrl.

Bestemmelsene i krrl. utfylles av forskrift om opplysningsplikt m.v. av 31. mai 1995 nr. 511<sup>10</sup>. Forskriften er gitt med hjemmel i den gamle konkurranseloven, og det utarbeides nå en ny forskrift. Denne ventes å tre i kraft i løpet av sommeren 2005. I forslaget til ny forskrift er bestemmelsene i den gamle forskriften i det vesentlige videreført.

---

<sup>8</sup> Jf. Graver s. 354. Det kan imidlertid ikke utelukkes at EØS-rettens alminnelige prinsipper vil kunne være av betydning, jf. EØS-krrl. § 7 (3). Betydningen av de alminnelige prinsippene er usikker, og vil derfor ikke behandles i oppgaven.

<sup>9</sup> De viktigste forarbeidene til den gamle loven er NOU 1991:27 og Ot.prp. nr. 41 (1992-93).

<sup>10</sup> Betegnes som forskrift om opplysningsplikt m.v.

Konkurransetilsynet er et forvaltningsorgan, og forvaltningsloven<sup>11</sup> kommer dermed til anvendelse. Videre er enkelte av reglene i straffeprosessloven<sup>12</sup> gitt tilsvarende anvendelse gjennom konkurranseloven.

EMK er også av betydning. Konvensjonen gjelder som norsk lov, jf. menneskerettsloven<sup>13</sup> § 2. Gjennom vedtakelsen av denne loven og etterfølgende rettspraksis, har menneskerettighetene fått en styrket stilling i norsk rett. Ved plenumsdommen i Rt. 2000 s. 996 tok Høyesterett avstand fra klarhetskriteriet som kom til uttrykk i Rt. 1994 s. 610. Dette innebærer at det ikke kan oppstilles som noe vilkår for at bestemmelsene i EMK skal gå foran bestemmelsene i krrl., at den løsning som følger av EMK, fremstår som klar. Dette syn er fulgt opp i senere avgjørelser fra Høyesterett, bl.a. i tre plenumsavgjørelser fra 3. mai 2002<sup>14</sup>. Norske domstoler må foreta en selvstendig tolkning av EMK's bestemmelser<sup>15</sup>. Dersom det etter denne tolkningen foreligger motstrid mellom EMK og krrl., vil EMK måtte gis forrang, jf. menneskerettsloven § 3. Bestemmelsen i menneskerettsloven § 3 innebærer således at krrl. må anvendes innenfor de rammer som følger av EMK. Dette medfører at visse av rettighetene i EMK vil kunne påberopes overfor Konkurransetilsynet ved etterforskningen.

#### 1.4 Den videre fremstilling

I kapittel 2 vil jeg redegjøre generelt for forvaltningsrettslige og straffeprosessuelle regler av betydning for etterforskningen. Kapittel 3 inneholder en fremstilling av reglene som gjelder når Konkurransetilsynet gir opplysnings- og utleveringspålegg. I kapittel 4 behandles reglene som gjelder når tilsynet går til bevissikring. Kapittel 5 inneholder avsluttende bemerkninger.

---

<sup>11</sup> Lov 10. feb. 1967, fvl.

<sup>12</sup> Lov 22. mai 1981 nr. 25, strpl.

<sup>13</sup> Lov 21. mai 1999 nr. 30

<sup>14</sup> Rt. 2002 s. 497, 509 og 557. Se Skoghøy s. 337 flg. om rettstilstanden etter plenumsavgjørelsene.

<sup>15</sup> Jf. Skoghøy s. 353

## **2 Etterforskningsregler i skjæringspunktet mellom forvaltningsprosess og straffeprosess**

### **2.1 Innledning**

Konkurransetilsynet er et forvaltningsorgan, og dermed i utgangspunktet underlagt forvaltningsrettens regler. Ved tilsynets etterforskning oppstår imidlertid problemstillinger knyttet til forholdet til straffeprosessreglene. Dette skyldes for det første at overtredelse av konkurranseloven § 10 er belagt med straff, jf. krrl. § 30 (1) bokstav a. Dette innebærer at foretak som etterforskes av Konkurransetilsynet risikerer at saken oversendes til påtalemyndigheten for strafferettslig forfølgning, dersom tilsynet ved sin etterforskning avdekker straffbare forhold. Og selv om det ikke skulle bli aktuelt å oversende saken til påtalemyndigheten, risikerer foretak under etterforskning å bli ilagt overtredelsesgebyr, jf. krrl. § 29. Dette er et alvorlig sivilrettslig sanksjonsmiddel, som er å anse som straff etter EMK art. 6. Konkurransesprosessen er spesiell fordi tilsynet i tillegg til å etterforske, selv vedtar overtredelsesgebyr, jf. krrl. § 29 (3). Disse forholdene medfører at det må stilles særlige krav til prosessen. Det kan være grunnlag for anvendelse av straffeprosessuelle rettssikkerhetsgarantier under tilsynets etterforskning.

Konkurransesprosessen befinner seg derfor i et grenseland mellom spesiell forvaltningsprosess og straffeprosess. Dette kan føre til usikkerhet i forhold til hvilke hensyn som må vektlegges ved tolkingen av etterforskningsreglene. Det vil for eksempel kunne være vanskelig å avveie straffeprosessens rettssikkerhetskrav mot forvaltningsrettslige regler som i større grad vektlegger effektivitet i saksbehandlingen.

I dette kapittelet vil jeg drøfte forholdet mellom de forvaltningsprosessuelle og straffeprosessuelle reglene.



## 2.2 Nærmere om de forvaltningsprosessuelle reglene

Konkurransetilsynets virksomhet faller under forvaltningsloven, jf. denne lovs § 1. I utgangspunktet kommer reglene om saksopplysning, varsel, underretning, innsyn og begrunnelse til anvendelse<sup>16</sup>. I saker som gjelder brudd på lovens forbudsbestemmelser (overtredelsessakene), gjelder imidlertid visse særregler i konkurranselovens kap. 6. Disse særreglene går foran forvaltningslovens regler ved motstrid, jf. fvl. § 1, 1. pkt.

Særreglene som gjelder ved etterforskning av lovbrudd har sammenheng med at saksforberedelsen i disse sakene ikke er ansett for å falle inn under forvaltningslovens vedtaksbegrep<sup>17</sup>. Opplysnings- og utleveringspålegg er prosessledende avgjørelser som faller utenfor enkeltvedtaksbegrepet<sup>18</sup>, det samme gjelder beslutning om å iverksette bevissikring. Dersom tilsynet velger å sende saken til påtalemyndigheten for strafferettslig forfølgning, anses ikke anmeldelsen for å være et enkeltvedtak<sup>19</sup>. Dette innebærer at forvaltningslovens regler f. eks. om partsinnsyn ikke kommer til anvendelse i disse tilfellene.

Dersom tilsynets etterforskning munner ut i en anmeldelse til påtalemyndigheten, uten at Konkurransetilsynet fatter noe vedtak, vil ikke foretaket som etterforskes ha partsrettigheter etter forvaltningsloven på noe stadium av etterforskningen<sup>20</sup>. Dette kan være gunstig av hensyn til etterforskningens effektivitet, men samtidig betenkelig med tanke på den etterforskedes rettssikkerhet. I den nye krrl. er imidlertid konsekvensene av de manglende partsrettigheter etter fvl. avdempet gjennom bestemmelsen om dokumentinnsyn i § 27, som gir den etterforskede rett til dokumentinnsyn. Slik var det ikke etter den gamle konkurranseloven, se krrl. (1993) § 6-3.

---

<sup>16</sup> Se NOU 2003: 12 s. 157 og 167, og Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 133.

<sup>17</sup> NOU 2003:12 s. 205, NOU 1991:27 s. 218 og Ot.prp. nr. 41 (1992-93) s. 74

<sup>18</sup> NOU 2003: 12 s. 142

<sup>19</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 167. Se også s. 175, hvor det fastslås at foretak under etterforskning med tanke på anmeldelse til påtalemyndigheten, ikke er parter etter forvaltningsloven.

<sup>20</sup> Rettssikkerheten anses i disse tilfellene ivaretatt ved at partsrettigheter etter straffeprosessloven inntreder idet påtalemyndigheten overtar saken.

Dersom tilsynet beslutter å ilegge overtredelsesgebyr, vil reglene i forvaltningsloven kapittel IV-VI gjelde for denne beslutningen, jf. forvaltningsloven § 3 (1). Dette følger av at beslutning om ileggelse av overtredelsesgebyr er et enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2, bokstav b<sup>21</sup>. Det samme gjelder for beslutning om pålegg etter krrl. § 12.

Rettsikkerhetshensyn ivaretas av de alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper. Disse gjelder ved tilsynets etterforskning av brudd på §§ 10 og 11. Ved etterforskningen må tilsynet således holde seg innenfor de reglene om misbruk av forvaltningsmyndighet, utviklet gjennom rettspraksis. Dette innebærer blant annet at tilsynets etterforskning ikke må fremstå som uforholdsmessig, og at tilsynet ved etterforskningen må forholde seg til kravet om at saken skal være tilstrekkelig opplyst før beslutning kan fattes.

De forvaltningsrettslige prinsippene beskytter rettsikkerheten i alminnelig forvaltningsprosess. Det kan imidlertid spørres om forvaltningsreglene er tilstrekkelige som rettsikkerhetsgaranti i konkurransesaker, hvor det må stilles særlige krav til prosessen.

### 2.3 Nærmere om de straffeprosessuelle reglene

Muligheten for at tilsynets etterforskning munner ut i straff eller overtredelsesgebyr, gir grunnlag for å reise spørsmålet om straffeprosessens regler må gis anvendelse allerede under tilsynets etterforskning<sup>22</sup>. Dersom straffeprosessloven ikke gjelder, vil ikke den etterforskede ha partsrettigheter under etterforskningen verken etter forvaltningsloven eller straffeprosessloven. Det kan da anføres at rettsikkerheten ikke ivaretas i tilstrekkelig grad.

---

<sup>21</sup> Lovutvalget foreslo en ordning med sivilrettslig forelegg som ikke skulle anses for å være enkeltvedtak, se NOU 2003: 12 s. 132. Departementet gikk imidlertid inn for overtredelsesgebyr i stedet, og det er forutsatt i odelstingsproposisjonen at beslutning om ileggelse av gebyret er et enkeltvedtak, se Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) s. 175. Dette er i samsvar med Sanksjonsutvalgets syn om at saker om forvaltningssanksjoner i utgangspunktet alltid er enkeltvedtak, se NOU 2003: 15 s. 80.

<sup>22</sup> Se NOU 2003: 12 s. 173 og 196.

Man kan spørre om strpl. kommer direkte til anvendelse under etterforskningen av en sak hvor tilsynet tar sikte på å ilegge overtredelsesgebyr. Dette vil være en praktisk problemstilling etter den nye krrl., fordi overtredelsesgebyrhjemmelen må antas å føre til at tilsynet vil anmelde færre saker enn tidligere. Strpl. gjelder saker om ”straff”, jf. § 1. Det er fastslått i forarbeidene at overtredelsesgebyr ikke er straff etter grl. § 96<sup>23</sup>. Selv om overtredelsesgebyr er en straffeliknende reaksjon, er det derfor ikke grunnlag for å betegne gebyret som ”straff” etter § 1. På denne bakgrunn vil ikke strpl. være direkte anvendelig ved tilsynets etterforskning, den kommer i utgangspunktet bare direkte til anvendelse der dette fremgår uttrykkelig av konkurranseloven<sup>24</sup>.

Skjæringspunktet for når strpl. kommer inn, vil som hovedregel være når saken oversendes påtalemyndigheten. Dette må imidlertid modifieres.

Straffeprosesslovens regler kan være anvendelige også i forhold til tilsynets etterforskning dersom påtalemyndigheten og tilsynet etterforsker samme sak parallelt<sup>25</sup>. Dette følger av Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse inntatt i Rt. 1976 s. 1447 (Reksten). I den saken var det tatt ut siktelse, og straffeprosessloven fikk dermed anvendelse ved valutamyndighetenes granskninger etter valutaloven § 7 (2).

Et annet spørsmål er om foretak under etterforskning av tilsynet kan gis status som siktet etter strpl. § 82, før påtalemyndigheten er koplet inn. Etter straffeprosessloven inntreer særlige rettssikkerhetsgarantier når mistenkte får slik status.

Argumenter for dette vil igjen finnes i rettssikkerhetsbetraktninger. Imidlertid retter strpl. § 82 seg etter sin ordlyd mot etterforskningsskritt foretatt av påtalemyndigheten, og åpner dermed ikke for at status som siktet kan inntre på bakgrunn av Konkurransetilsynets etterforskningsskritt. Dette er i samsvar med konkurranselovens

---

<sup>23</sup> Se Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 116. Se også NOU 2003: 15 s. 57.

<sup>24</sup> NOU 2003: 12 s. 173

<sup>25</sup> NOU 2003: 12 s. 136

forarbeider<sup>26</sup>, hvor hensynet til effektiv etterforskning er vektlagt som argument mot å gi foretak under etterforskning slik status.

Selv om man forutsetter at det i utgangspunktet ikke kan foreligge siktelse etter straffeprosessloven før saken er sendt til påtalemyndigheten, vil EMK art. 6 kunne gi rettigheter til den som etterforskes av Konkurransetilsynet, på bakgrunn av at det i henhold til denne bestemmelsen foreligger en straffesiktelse ("criminal charge"). EMD har gjentatte ganger fastslått at dette begrepet er autonomt, og at et materielt (ikke formelt) straffebegrep må legges til grunn. På bakgrunn av avgjørelsen i Engel-saken, opererer EMD med tre kriterier som er avgjørende for om det dreier seg om en straffesak (Engelkriteriene). Kriteriene er: Internrettslig klassifisering, handlingens art og sanksjonens strenghet<sup>27</sup>. Klassifiseringen er det minst viktige kriteriet, fordi det gjelder et materielt straffebegrep. Det er således ikke avgjørende at overtredelsesgebyr ikke er betegnet som straff i norsk konkurranserett. Viktigere er det at overtredelsesgebyret kan ilegges ved en lang rekke overtredelser av konkurranseloven, at det har straffeformål og at bøtenivået vil bli høyt. EMD har flere ganger kommet til at det forelå straffesiktelse i forvaltningsrettslige sanksjonssaker<sup>28</sup>. På denne bakgrunn mener jeg overtredelsesgebyr er å anse som straff etter art. 6, og dermed kan det foreligge straffesiktelse etter art. 6 ved Konkurransetilsynets etterforskning<sup>29</sup>. Dette betyr at kravene til rettferdig rettergang i denne artikkelen kan komme til anvendelse i konkurransesaker<sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup> Se Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) s. 135. Se også NOU 2003: 12 s. 168, hvor det fastslås at formålet med konkurranseloven § 24 (4) er å avklare at den som utsettes for bevissikring ikke skal kunne påberope seg status som siktet etter straffeprosessloven § 82.

<sup>27</sup> Møse s. 308

<sup>28</sup> Se f. eks. Vastberga Taxi and others v. Sweden.

<sup>29</sup> Jf. NOU 2003: 12 s. 186.

<sup>30</sup> Av særlig betydning er selvinkrimineringsforbudet. Det oppstår spørsmål knyttet til når det vil foreligge "straffesiktelse" etter art. 6 ved etterforskningen. Dette drøftes i forhold til selvinkrimineringsforbudet, se pkt. 3.3.3.

Selv om straffeprosessloven i utgangspunktet ikke kommer direkte til anvendelse før Konkurransetilsynet oversender saken til påtalemyndigheten, vil straffeprosessuelle rettssikkerhetsgarantier altså til en viss grad ivaretas gjennom EMK. Det vil videre kunne være grunnlag for å anvende straffeprosesslovens regler analogisk. Alminnelige straffeprosessuelle prinsipper, for eksempel favor defensionis-prinsippet, vil også kunne være relevante i forhold til tilsynets etterforskning. Dette har gode grunner for seg, tatt i betraktning at Konkurransetilsynets etterforskning kan føre til ileggelse av sanksjonen overtredelsesgebyr, som materielt sett kan betraktes som straff.

Det kan tenkes at påtalemyndigheten vil nøye seg med å legge til grunn tilsynets etterforskning ved behandlingen av den etterfølgende straffesak. Tilsynet besitter den største kompetansen knyttet til konkurransekriminalitet, og det vil derfor være nærliggende for påtalemyndigheten å basere seg på tilsynets etterforskning. En slik praksis vil imidlertid kunne virke som en omgåelse av rettssikkerhetsreglene i strpl. Man kan sikre seg mot dette ved å anvende straffeprosessuelle regler allerede ved tilsynets etterforskning. Dette synet kan støttes på Reksten-kjennelsen.

Man må imidlertid ikke gå for langt i analogisk anvendelse av strpl. og de alminnelige prinsippene. Konkurransetilsynets etterforskning reguleres først og fremst av krrl. og utfyllende forvaltningsprosessuelle regler. En overdreven bruk av straffeprosessuelle rettssikkerhetsregler, vil kunne gå på bekostning av forvaltningsreglenes vektlegging av effektivitet i etterforskningen. Tilsynets adgang til å ilegge overtredelsesgebyr er ment å bidra til mer fleksibel håndhevelse av krrl. Denne fleksibiliteten vil bortfalle om man i praksis underlegger tilsynets etterforskning de samme regler som gjelder i straffesaker. Videre er bevissituasjonen i konkurransesaker spesiell. Bevisene er skjøre pga kompliserte saksforhold, og de etterforskede foretaks store ressurser og muligheter til å unndra bevis <sup>31</sup>. Disse særtrekkene tilsier at man ikke går for langt i anvendelsen av straffeprosessuelle regler.

---

<sup>31</sup> Se NOU 2003:12 s. 181.

Gjennomgangen har vist at det i konkurransesaker oppstår vanskelige avveininger mellom forvaltnings- og straffeprosessuelle regler, og mellom hensynet til rettssikkerhet og effektivitet. Det er imidlertid ikke tvil om at straffeprosessens regler til en viss grad vil være anvendelige, også der det ikke er henvist til dem i krrl. Et eksempel på analogisk anvendelse av strpl. finnes i Borgarting lagmannsretts kjennelse av 24. februar 2000 i den såkalte Gresvig-saken. Retten uttalte her at prinsippet i straffeprosessloven § 205 (3) kom til analogisk anvendelse ved bevissikring etter den gamle konkurranseloven § 6-2.

### **3 Opplysnings- og utleveringspålegg**

#### **3.1 Innledning**

Foretak under etterforskning er ilagt en vid opplysnings- og utleveringsplikt etter krrl. § 24. Det er derfor ikke alltid nødvendig for tilsynet å gå til bevissikring for å sikre seg informasjon. Det vil ofte være tilstrekkelig å innhente informasjon gjennom opplysnings- og utleveringspålegg.

#### **3.2 Generelt om opplysnings- og utleveringsplikten etter krrl. § 24**

Etter krrl. § 24 (1) påligger det enhver å gi konkurransemyndighetene de opplysninger de trenger for å utføre sine gjøremål etter loven. På samme grunnlag kan tilsynet kreve utlevert dokumenter og andre informasjonsbærere for gransking, jf. § 24 (2).

Opplysnings- og utleveringsplikten gjelder både ved etterforskning av brudd på loven, og ved tilsynets ordinære overvåking av markedsforholdene. Plikten vil således kunne bidra til at tilsynet oppdager mulige lovbrudd, og iverksetter etterforskning. Under etterforskningen kan plikten brukes som grunnlag for innsamling av bevis. Ved etterforskning av lovbrudd gjelder det imidlertid visse begrensninger i plikten, som ikke gjelder ellers<sup>32</sup>.

Plikten til å gi opplysninger eller utlevere dokumenter utløses etter pålegg fra tilsynet. Ved opplysningspålegg kan opplysninger kreves gitt skriftlig, muntlig eller ved lydopptak. Dette kan skje enten i tilsynets kontorer eller ved kontrollbesøk hos foretaket. Adgangen til å kreve opplysningene skriftlig og muntlig er en videreføring av den gamle konkurranseloven. Som et alternativ til nedtegning av slike opplysninger, har man i den nye loven også gitt adgang til å foreta lydopptak. Denne adgangen vil kunne bidra til at det medgår mindre tid under forklaringsopptaket. Det forutsettes i

---

<sup>32</sup> Se punkt 3.3.

forarbeidene<sup>33</sup> at dersom det skal tas lydopptak, må den som skal forklare seg gis varsel om dette på forhånd på samme måte som i straffesaker, jf. påtaleinstruksen § 8-13.

Opplysnings- og utleveringsplikten gjelder for ”enhver”. Dette er i samsvar med den gamle loven, og innebærer at plikten gjelder både fysiske og juridiske personer. Plikten gjelder ikke bare de som er direkte involvert i saken, men enhver som er i besittelse av relevant informasjon. Plikten kan således pålegge leverandører, konkurrenter, kunder og forbrukere<sup>34</sup>. Det er ikke uvanlig at Konkurransetilsynet som ledd i etterforskningen gir pålegg om opplysninger/utlevering til en vid krets. Adgangen til å fremme informasjonsforespørsler til andre enn det mistenkte foretaket er viktig ved etterforskningen av konkurransekriminalitet, fordi det i disse sakene ofte vil være en lang rekke ulike parter som på en eller annen måte er berørt.

Opplysnings- og utleveringsplikten er også viktig for Konkurransetilsynet fordi det ikke foreligger noen plikt for foretak til å rapportere til tilsynet på eget initiativ. Tilsynet står således som kontrollmyndighet i en annen stilling enn for eksempel ligningsmyndighetene, som mottar viktig informasjon gjennom selvangivelsen. Opplysnings- og utleveringsplikten er derfor en forutsetning for at tilsynet skal kunne drive effektiv håndhevelse av forbudene i krrl.

Opplysnings- og utleveringspålegg er effektive virkemidler under etterforskningen, fordi brudd på pålegg kan medføre tvangsmulkt, jf. § 28, overtredelsesgebyr, jf. § 29 (1) bokstav c, og straff, jf. § 30 (1) bokstav c. Tilsynet bør imidlertid ikke gå for langt i å fremtvinge informasjon under trussel om sanksjoner. Informasjon som fremtvinges på denne måten vil kunne miste bevisverdi, fordi foretaket i en senere rettssak kan påberope seg at man følte seg presset til å gi informasjon. En slik praksis vil også kunne stå i et anstrengt forhold til EMK art. 6.

---

<sup>33</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 144. Regel om varsel finnes i forslaget til ny forskrift om opplysningsplikt m.v. § 4.

<sup>34</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 144, øverst venstre spalte.



### 3.3 Begrensninger i opplysnings- og utleveringsplikten

#### 3.3.1 Saklig sammenheng med mistanken

Med hjemmel i § 24 kan Konkurransetilsynet gi opplysnings- og utleveringspålegg i forhold til en mengde forskjellig informasjon. Den eneste begrensningen etter ordlyden er at opplysnings- og utleveringsplikten gjelder informasjon tilsynet ”krever for å kunne utføre sine gjøremål etter loven”.

Hva som er tilsynets ”gjøremål etter loven” fremgår av krrl. § 9. Tilsynet skal, i tillegg til å etterforske lovbrudd, drive generell overvåking av konkurranseforholdene. Opplysnings- og utleveringspålegg kan gis både som ledd i tilsynets generelle overvåkingsoppgaver, og ved etterforskningen av lovbrudd.

Det er opp til Konkurransetilsynets skjønn å avgjøre hvilke opplysninger som er påkrevd<sup>35</sup>. Tilsynets skjønn er underlagt de alminnelige forvaltningsrettslige reglene om forholdsmessighet og myndighetsmisbruk. Der pålegg gis som ledd i etterforskning av lovbrudd, betyr dette at informasjonen som forespørres må ha saklig sammenheng med den konkrete mistanken<sup>36</sup>.

Selv om det gjelder grenser for skjønnnet, er det grunn til å anta at tilsynet i praksis vil innrømmes vid adgang til å kreve informasjon med hjemmel i § 24. Hensynet til etterforskningens effektivitet og sakens opplysning taler for dette. Omfanget av hvilke opplysninger som kan sies å stå i saklig sammenheng med mistanken, vil imidlertid kunne variere, avhengig av hvilken type lovbrudd som etterforskes. For eksempel vil tilsynet ha behov for en lang rekke forskjellige opplysninger for å kunne vurdere om det foreligger ”samordnet opptreden” etter krrl. § 10. I en sak om diskriminerende kontraktvilkår etter § 11 (2) bokstav c, vil det derimot kunne være tilstrekkelig å vurdere kontraktene.

---

<sup>35</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 144

<sup>36</sup> Ryssdal s. 187.

Opplysnings- og utleveringsplikten er særlig viktig for Konkurransetilsynet, noe som taler for at den gis et relativt vidt omfang<sup>37</sup>. Videre kan det anføres at ved å ilegge en vid plikt, vil nødvendigheten av å gå til det mer inngripende etterforskningskrittet bevissikring reduseres<sup>38</sup>. Det er også grunn til å tro at man vil være tilbakeholdne med å overprøve tilsynets vurdering av hvilke opplysninger som er nødvendige for etterforskningen, fordi tilsynet som spesialisert fagorgan er best skikket til å vurdere omfanget.

Plikten etter § 24 må likevel ikke strekkes for langt. Kravet om saklig sammenheng med mistanken, medfører at pålegg ikke kan gis i forhold til informasjon som er saken uvedkommende. For eksempel vil informasjon om foretakets arbeidsmiljø neppe være relevant for konkurranserettslige vurderinger. Videre må opplysnings- og utleveringspålegg oppfylle kravet til forholdsmessighet. Pålegget må være nødvendig for å få den ønskede informasjon, og pålegget må ikke gå lenger enn det som er nødvendig ut fra hensynet til sakens opplysning.

Det er faktiske opplysninger Konkurransetilsynet kan kreve å få oppgitt. Det antas i teorien at tilsynet ikke med hjemmel i § 24 kan kreve at foretaket foretar vurderinger<sup>39</sup>.

### 3.3.2 Taushetsplikt (herunder om advokatkorrespondanse)

Opplysnings- og utleveringsplikten gjelder ikke for forhold som faller under såkalt kvalifisert lovbestemt taushetsplikt, for eksempel for advokater, prester og leger m.fl. etter strpl. § 119. I motsetning til krrl. § 25 inneholder § 24 ingen henvisning til strpl. §§ 119 jf. 204. Det er likevel lagt til grunn i forarbeidene at advokatkorrespondanse er

---

<sup>37</sup>Det foreligger ingen rapporteringsplikt for foretak om konkurranseforhold.

<sup>38</sup>Dette hensyn gjør seg ikke gjeldende der opplysnings- eller utleveringsplikten pålegges under bevissikring. Ved bevissikring vil tvert imot hensynet til rettsikkerhet kunne anføres som argument for at pliktens omfang må reduseres, jf. Rogne s. 179 flg.

<sup>39</sup>Ryssdal s. 187

unntatt, i samme utstrekning som ved bevissikring<sup>40</sup>. Det er derfor merkelig at henvisningen til strpl. §§ 119 jf. 204 ikke er inntatt også i § 24.

Taushetsplikt som har grunnlag i avtale eller privat instruks fritar ikke fra opplysnings- og utleveringsplikt. Det gjør heller ikke såkalt ukvalifisert taushetsplikt, for eksempel taushetsplikten som påligger revisorer og eiendomsめglere<sup>41</sup>.

### 3.3.3 Selvinkrimineringsforbudet, jf. EMK art. 6

#### 3.3.3.1 Innledning

Det er en problemstilling om et foretak som etterforskes for brudd på konkurranseloven §§ 10 eller 11, kan påberope seg begrensninger i opplysnings- og utleveringsplikten med bakgrunn i forbudet mot selvinkriminering<sup>42</sup>.

Spørsmålet er aktuelt både ved ordinære forklaringsopptak overfor tilsynet, og der tilsynet gir pålegg om opplysninger/utlevering under bevissikring.

Selvinkrimineringsforbudet begrenser imidlertid ikke bevissikringsadgangen. Forbudet verner om mistenktes vilje til ikke å bidra til egen domfellelse, men begrenser ikke myndighetenes adgang til å foreta ransaking og beslag<sup>43</sup>.

Generelt går forbudet ut på at siktede i straffesaker ikke skal måtte bidra til sin egen domfellelse. Forbudet vil kunne komme i et anstrengt forhold til den ubetingede opplysnings- og utleveringsplikten som gjelder etter konkurranseloven, siden foretak

---

<sup>40</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 144 og 236. Den nærmere drøftelse av advokatkorrespondanse foretas i pkt. 4.6.1 om bevissikring. Drøftelsen der er relevant også i forhold til opplysnings- og utleveringsplikt.

<sup>41</sup> NOU 2003: 12 s. 189 og Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 144

<sup>42</sup> Det er etterforskning av foretak som er tema for min oppgave. Fysiske personers selvinkrimineringsvern faller derfor utenfor den videre fremstilling. Fysiske personers selvinkrimineringsvern inntreer ikke før saken er anmeldt til påtalemyndigheten, fordi fysiske personer ikke kan ilegges overtredelsesgebyr.

<sup>43</sup> Vernet gjelder forklaringer, ikke ransaking og beslag, jf. EMD's dommer *Heaney and McGuinness v. Ireland* avsnitt 40, og *Saunders v. the United Kingdom* avsnitt 69. Det kommer inn andre begrensninger vedrørende ransaking og beslag, særlig viktig er EMK art. 8, dette behandles i pkt. 4.6.2.

under etterforskning risikerer alvorlige sanksjoner i form av straff og/eller overtredelsesgebyr.

Forbudet mot selvinkriminering kan utledes av ulike rettsgrunnlag. Både strpl., EØS-retten og EMK inneholder bestemmelser om dette. I det følgende drøftes selvinkrimineringsforbudet i EMK art. 6.

### 3.3.3.2 Gjelder forbudet ved tilsynets etterforskning?

Selvinkrimineringsforbudet gjelder bare i overtredelsessakene. Man kan ikke påberope seg forbudet i saker hvor man ikke risikerer å bli ilagt noen sanksjon. Spørsmålet er om forbudet gjelder allerede ved tilsynets etterforskning, eller om forbudet først kommer inn ved eventuell strafferettslig forfølgning av påtalemyndigheten.

Etter den gamle loven var spørsmålet uavklart. Konkurransetilsynet la til grunn at selvinkrimineringsvernet ikke gjaldt under etterforskningen<sup>44</sup>. Det samme var antatt i juridisk teori<sup>45</sup>. De nye omfattende forbudsbestemmelsene, og hjemmelen for å ilegge overtredelsesgebyr, taler for at forbudet gis anvendelse. Konkurranselovens saksbehandlingsregler sier ingenting om spørsmålet, men i forarbeidene er det lagt til grunn at forbudet gjelder i overtredelsessakene<sup>46</sup>.

Forbudet i art. 6 kommer bare til anvendelse der det foreligger en straffesiktelse ("criminal charge"). Man må her legge et materielt, ikke formelt, straffebegrep til grunn. Som nevnt i kapittel 2 vil et overtredelsesgebyr måtte anses som straff etter EMK art. 6, og der etterforskning kan munne ut i ileggelse av gebyr, vil det dermed foreligge en straffesiktelse.

Selvinkrimineringsforbudet kommer til anvendelse i forhold til straffesiktelser, uavhengig av hvilken type organ det er som avgjør siktelsen. Det er fastslått at forbudet

---

<sup>44</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 135

<sup>45</sup> Jf. Rogne s. 146-156 og Evensen s. 465-468.

<sup>46</sup> Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 146

gjelder der forvaltningsorgan avgjør straffesiktelser, selv om overprøving skjer etter forvaltningsrettslige regler om overprøving av forvaltningsvedtak. Se for eksempel Rt. 2002 s. 509, hvor Høyesteretts flertall kom til at ordinær tilleggsskatt falt under EMK art. 6 (1)<sup>47</sup>.

Konklusjonen er at forbudet i EMK art. 6 i utgangspunktet er anvendelig ved tilsynets etterforskning. Spørsmålet blir derfor om foretak har selvinkrimineringsvern etter artikkel 6. Dersom foretak har vern, må omfanget av vernet vurderes, herunder om vernet gjelder opptaket av opplysninger, eller bare etterfølgende bruk av opplysningene.

### 3.3.3.3 Gjelder selvinkrimineringsforbudet for foretak?

Enkelte av rettighetene i artikkel 6 gjelder også for foretak<sup>48</sup>.

Det hersker imidlertid en viss usikkerhet knyttet til om foretak kan påberope seg selvinkrimineringsforbudet. Usikkerheten skyldes at EMD i mange tilfeller har knyttet forbudet til mistenktes vilje, noe som kan tyde på at forbudet bare gjelder fysiske personer. Det er dog en tendens i EMD's praksis til å inkludere juridiske personer som rettighetssubjekter etter konvensjonen. Dette går blant annet frem av EMD's avgjørelser i *Stes Colas Est. and others v. France* og *Comingersoll v. Portugal*. I disse sakene la EMD en dynamisk tolking til grunn for å gi foretak rettigheter etter henholdsvis art.8 og 6. Sett i sammenheng viser *Comingersoll*- og *Colas*-saken at tendensen i EMD's praksis går mot å gi foretak rettigheter etter konvensjonen. Dette taler for at foretak vil kunne påberope seg et selvinkrimineringsvern etter art. 6.

I forarbeidene til konkurranseloven er det også forutsatt at foretak har vern etter art.6<sup>49</sup>, og at omfanget av vernet må fastslås i henhold til utviklingen i EMD's praksis.

---

<sup>47</sup> Se også *Vastberga Taxi and others v. Sweden*.

<sup>48</sup> Jf. bl.a. *Comingersoll v. Portugal* og *Vastberga Taxi*-avgjørelsen. Se også Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 136, og NOU 2003: 15 pkt. 5.7.3.

<sup>49</sup> Se Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) s. 146. Sanksjonsutvalget legger også til grunn at foretak har selvinkrimineringsvern, se NOU 2003: 15 kapittel 5 og 12.

Utviklingen i praksis fra EMD tilsier at foretak er vernet. Ved tolkingen av konkurranseloven må man forholde seg til denne praksisen, og etter min mening vil man kunne komme i et anstrengt forhold til EMK art. 6 dersom foretak nektes retten til ikke å inkriminere seg selv. Av hensyn til våre internasjonale forpliktelser mener jeg derfor det må legges til grunn at foretak er vernet mot selvinkriminering ved Konkurransetilsynets etterforskning<sup>50</sup>.

#### 3.3.3.4 Omfanget av selvinkrimineringsvernet for foretak

Den tradisjonelle forståelse av selvinkrimineringsforbudet er at mistenkte har rett til å tie, og at han ikke har noen plikt til å bidra til sakens opplysning ved å forklare seg eller medvirke på annen måte<sup>51</sup>. Ved den nærmere vurdering av forbudet må man imidlertid skille ettersom det dreier seg om bruk eller opptak av opplysninger.

Det er fastslått i Rt. 1994 s. 610 (Bølgepapp) at selvinkrimineringsforbudet begrenser adgangen til å bruke opplysninger innhentet av offentlig kontrollmyndighet i en etterfølgende straffesak. Jeg går ikke nærmere inn på dette, fordi det dreier seg om selve sanksjonsileggelsen, og ligger dermed utenfor oppgavens tema.

Selvinkrimineringsforbudet i art. 6 beskytter også mot opptagelse av inkriminerende opplysninger på etterforskningsstadiet. Foretak vil derfor kunne påberope forbudet som grunnlag for å nekte å etterkomme opplysnings- og utleveringspålegg gitt av Konkurransetilsynet. Det er imidlertid usikkert hvor langt vernet rekker. Det finnes lite praksis fra EMD om dette. For fysiske personer er forbudet tolket dit hen at siktede ikke har plikt til å medvirke til egen fellelse ved å avgi forklaring eller medvirke til

---

<sup>50</sup> I NOU 2003: 15 er det foreslått et generelt forbud mot selvinkriminering i forvaltningsrettslige sanksjonssaker. Dette forbudet vil også gjelde for foretak, se NOU 2003: 15 s. 191. Dersom forbudet vedtas vil det gjelde for Konkurransetilsynets virksomhet, og det vil dermed klargjøres en gang for alle at foretak kan påberope seg selvinkrimineringsforbudet.

<sup>51</sup> Sml. straffeprosessloven §§ 90, 91, 92 og 232, og straffeloven § 167 (siktete kan ikke straffes for falsk forklaring).

utlevering av bevis<sup>52</sup>. Det er imidlertid ikke gitt at et eventuelt vern for foretak vil gis det samme innhold av EMD som fysiske personers vern.

Opplysnings- og utleveringsplikten i krrl. § 24 er etter ordlyden svært vid. Sammen med de alvorlige sanksjonene som kan ilegges, tilsier dette at foretak under etterforskning bør ha anledning til å nekte å gi fellende informasjon til tilsynet. Det er imidlertid ikke opplagt at forbudet skal gå så langt at foretaket kan nekte enhver medvirkning til å opplyse saken. Konkurranseskriminalitet beriker foretak på forbrukernes og konkurrentenes bekostning, og forbudet mot selvinkriminering må derfor veies mot hensynet til at sakene oppklares. I denne forbindelse er det også av betydning at bevisene i konkurransesaker ofte er spesielt skjøre, og at opplysnings- og utleveringspålegg er viktige virkemidler. Derfor bør selvinkrimineringsforbudet avgrenses til bare å gjelde avgivelse av informasjon som kan innebære en tilståelse av forholdet<sup>53</sup>. Generell informasjon om saken bør foretaket være pliktig til å avgi. Den nærmere avgrensning av informasjon som innebærer tilståelse, og informasjon som ikke gjør det, vil måtte gjøres i praksis.

### 3.3.3.5 Når inntreer vernet?

Vernet etter art. 6 inntreer når det foreligger straffesiktelse ("criminal charge"). I de sakene jeg drøfter er det overtredelsesgebyret som utgjør straff, og som gjør art. 6 anvendelig. Dette medfører som utgangspunkt at fra det tidspunkt hvor tilsynet har tilkjennegitt at det har til hensikt å ilegge overtredelsesgebyr, vil selvinkrimineringsvernet gjelde.

Tilsynet må gi varsel etter forvaltningsloven § 16 om at det vil ilegges overtredelsesgebyr. Varselet må gis tidlig nok til at det har reell betydning for foretakets mulighet til kontradiksjon. Siden overtredelsesgebyr er straff etter art. 6, må et slikt

---

<sup>52</sup> Jf. Funke v. France og Saunders-saken. Legger man en tilsvarende forståelse til grunn for foretak, går vernet etter art. 6 lenger enn det som følger av EF-retten. Kjernen i vernet etter EF-retten er at foretaket skal ha mulighet til å imøtegå beskyldninger om lovbrudd, og at foretaket ikke kan tvinges til å innrømme overtredelse, jf. Orkem v. Commission.

<sup>53</sup> Sml. EF-rettens regel som følger av Orkem-avgjørelsen.

varsel anses for å utgjøre en straffesiktelse. Det er derfor naturlig å knytte inntreden av selvinkrimineringsvernet til varselet<sup>54</sup>.

Vernet vil kunne inntre også før varsel er gitt. Dette vil for eksempel være tilfelle dersom tilsynet i media, eller overfor foretaket, gir uttrykk for at foretaket sannsynligvis vil ilegges overtredelsesgebyr.

Tilsynet må kunne foreta ordinær kontroll av markedsforholdene uten at selvinkrimineringsvernet utløses. Imidlertid vil tilsynet gjennom faktiske etterforskningstiltak kunne vise at det foreligger mulighet for ilegging av sanksjon, slik at selvinkrimineringsforbudet kommer til anvendelse. Kanskje det viktigste eksempelet på faktiske etterforskningsskritt som vil utløse selvinkrimineringsregelen, er at tilsynet går til bevissikring<sup>55</sup>. Dette er et inngripende tiltak som i praksis reserveres for de alvorligste overtredelsessakene, og jeg mener derfor en straffesiktelse vil foreligge idet bevissikring iverksettes. Et annet etterforskningsskritt som kan utløse selvinkrimineringsvernet, er at innsyn nektes med hjemmel i konkurranseloven §§ 26 og 27<sup>56</sup>. Innsyn kan bare nektes av etterforskningmessige hensyn i saker om overtredelse av loven. Dette taler for at selvinkrimineringsforbudet gis anvendelse.

I saker hvor det er klart at det ikke er aktuelt med en annen reaksjon enn pålegg om opphør m.v. etter krrl. § 12, vil det ikke foreligge "straffesiktelse" etter art. 6, og selvinkrimineringsforbudet vil ikke komme til anvendelse. Selvinkrimineringsforbudets begrunnelse er at det etterforskede foretak risikerer sanksjoner av pønål karakter (overtredelsesgebyr og straff). Dersom tilsynet tilkjennegir at det ikke er aktuelt å ilegge en slik sanksjon, er det derfor ingen grunn til at forbudet skal gjelde<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> Sml. NOU 2003: 15 s. 99 og 190, og Graver s. 356-357

<sup>55</sup> Jf. Graver s. 356-357

<sup>56</sup> Sml. Graver s. 356-357

<sup>57</sup> Sml. Graver s. 356-357



### 3.3.3.6 Konklusjon

Det er usikkert om det i hele tatt gjelder et selvinkrimineringsforbud for foretak, og omfanget av et eventuelt forbud er heller ikke klarlagt i praksis. Dersom forslaget til sanksjonsutvalget i NOU 2003: 15 om et generelt selvinkrimineringsforbud vedtas, vil dette kunne bidra til å avklare situasjonen<sup>58</sup>. Justisdepartementet vil også ta stilling til eventuelle særregler om selvinkriminering i forslaget til anmeldelsesinstruks<sup>59</sup>.

## 3.4 Utleveringsplikt – særlige problemstillinger

### 3.4.1 Innledning

Som det fremgår ovenfor inntre opplysnings- og utleveringsplikten på samme vilkår, og grensene for hvilke opplysninger som kan kreves er de samme, uavhengig av om § 24 (1) eller (2) er hjemmel. Utleveringsplikten reiser imidlertid visse særlige problemstillinger.

### 3.4.2 Spesifikasjonskravet for utleveringspålegg

Det må innfortolkes i § 24 (2) et krav til at tilsynet til en viss grad spesifiserer hva slags informasjon som ønskes utlevert<sup>60</sup>. Hensynet til det etterforskede foretak tilsier at utleveringspålegget spesifiseres tilstrekkelig til at foretaket enkelt kan finne frem den forespurte informasjon. På denne måten sparer man foretaket for unødig arbeid med å lete frem informasjonen, og det kan bidra til raskere fremdrift i etterforskningen. Det er imidlertid ikke holdepunkter i loven eller forarbeidene for at tilsynet må være helt nøyaktig i sin angivelse av alle dokumenter som ønskes utlevert. Går man for langt i kravet til spesifisering, vil det kunne hindre fremdriften i etterforskningen, fordi tilsynet vil måtte bruke store ressurser på angivelse av dokumenter.

Det nærmere innhold i spesifikasjonskravet er derfor usikkert. Slik lovtekst og forarbeider er formulert må det imidlertid antas at det skal mye til før tilsynet kan sies å ha brutt kravet.

---

<sup>58</sup> Sanksjonsutvalgets forslag gjelder både fysiske og juridiske personer, jf. NOU 2003: 15 s. 191.

<sup>59</sup> Jf. Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) s. 146

<sup>60</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 144, nederst høyre spalte, og Ryssdal s. 188.

### 3.4.3 Plikt til å utlevere originaler?

Det fremgår ikke direkte av ordlyden i § 24 (2) hvorvidt tilsynet kan kreve at foretak under etterforskning utleverer originaldokumenter, eller om tilsynet må nøye seg med kopier. Den tilsvarende bestemmelse i den gamle lovens § 6-1 ble forstått slik at tilsynet kunne kreve utlevert originaler.

I lovutvalgets forslag foretok man en endring fra den gamle lovens bestemmelse om utleveringsplikt, ved at det ikke lenger skulle være plikt til å utlevere dokumenter for ”gransking”. Med denne endringen ønsket utvalget å lovfeste at tilsynet ikke skulle ha krav på originaler. Utvalget mente det burde være tilstrekkelig at tilsynet ble gitt kopi av de etterspurte dokumentene. Dette ble begrunnet med at utleveringspliktbestemmelsen, i motsetning til bestemmelsen om bevissikring, ikke var ment å gi hjemmel for å innhente bevis<sup>61</sup>. Bestemmelsen om utleveringsplikt ble imidlertid ikke endret på dette punkt, og adgangen til å kreve informasjon utlevert for ”gransking” er videreført i konkurranseloven § 24 (2). Dette innebærer en videreføring av adgangen til å kreve originaler utlevert<sup>62</sup>.

I likhet med tilsvarende problemstilling ved bevissikring vil det alminnelige forholdsmessighetsprinsipp komme inn og begrense adgangen til å kreve originaler<sup>63</sup>. Dersom det ikke er bevismessig betenkelig og volder unødig tidsspille, bør tilsynet kunne godta at kopier blir gitt. Det må foretas en konkret vurdering der hensynet til effektiv etterforskning må avveies mot hensynet til foretakets drift, og hensynet til foretakets mulighet til kontradiksjon. Det kan tenkes at foretaket kan påvirke tilsynets adgang til å kreve originaler ved å bistå med personale som tar kopier for tilsynet<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> Se NOU 2003: 12 s. 191, høyre spalte

<sup>62</sup> Se Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 145, hvor det fremgår at departementet ikke er enige i at det er kun er under bevissikring det er behov for originaldokumenter. Departementet ønsket derfor å videreføre adgangen til å kreve utlevert originaler.

<sup>63</sup> Problemstillingene er her tilsvarende som ved bevissikring, se drøftelsen i pkt. 4.6.3.

<sup>64</sup> Teigum s. 274

#### 3.4.4 Utlevering av informasjonsbærer/lagringsmedium

Etter § 24 (2) kan tilsynet kreve utlevert alle typer informasjon og ”bærere” av slik informasjon. Det fremgår av forarbeidene at tilsynet med hjemmel i § 24 (2) kan kreve elektroniske lagringsmedier utlevert<sup>65</sup>.

Ved utlevering av slike lagringsmedier vil man pr. definisjon komme i et anstrengt forhold til spesifikasjonskravet. Dette ser man for eksempel ved pålegg om utlevering av en bærbar datamaskin, og ved speilkopiering av harddisker. Hvilken informasjon man ønsker utlevert fordi den er relevant, kommer ikke frem. Det er videre stor sannsynlighet for at man vil få med seg irrelevant informasjon, såkalt overskuddsinformasjon<sup>66</sup>, eller også beslagsfri informasjon<sup>67</sup>.

Det alminnelige forvaltningsrettslige forholdsmessighetsprinsipp vil sette grenser for adgangen til å kreve informasjonsbærere utlevert. Problemstillingene slik utlevering reiser, taler for at tilsynet benytter adgangen med en viss forsiktighet. Tilsynet må foreta en konkret vurdering, der hensynet til effektivitet i etterforskningen veies mot hensynet til den berørte parten. Utlevering av hele informasjonsbæreren er et inngripende tiltak overfor den det rammer og vil kunne innebære at personlig materiale blir utlevert, som det vil kunne oppleves krenkende at tilsynet får innsyn i. I mange tilfeller vil det imidlertid være vanskelig for tilsynet å utskille den relevante informasjon, uten at dette går på bekostning av etterforskningens fremdrift. Pålegg om utlevering av hele informasjonsbæreren vil da ikke fremstå som uforholdsmessig.

#### 3.5 Klageadgang

Opplysnings- og utleveringspålegg kan påklages til departementet, jf. forvaltningsloven §§ 14 og 15 (4), se også forskrift om opplysningsplikt m.v. § 3 (2)<sup>68</sup>. I dette ligger en

---

<sup>65</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 144, nederst på høyre spalte

<sup>66</sup> Jf. Teigum s. 254. Det oppstår problemstillinger i forhold til håndteringen av slik overskuddsinformasjon. Disse problemstillingene er de samme som ved bevissikring, viser derfor til drøftelsen i pkt. 4.6.5.

<sup>67</sup> Også dette behandles i forhold til bevissikring, se pkt. 4.6.5.

<sup>68</sup> § 2 i forslaget til ny forskrift om opplysningsplikt m.v.

garanti mot misbruk av tilsynets etterforskningskompetanse. Foretaket under etterforskning kan nekte å etterkomme pålegget så lenge klagesaken er under behandling.

## 4 Bevissikring

### 4.1 Innledning

Opplysnings- og utleveringspålegg vil ikke alltid være tilstrekkelig for etterforskningen, for eksempel når foretaket som etterforskes ikke samarbeider med tilsynet. I slike tilfeller kan tilsynet iverksette bevissikring.

### 4.2 Generelt om bevissikring etter krrl. § 25

I krrl. § 25 er Konkurransetilsynet gitt hjemmel til å gjennomføre lokaler hvor det kan finnes bevis, og beslaglegge bevis for gransking. Bevissikring etter § 25 har store likhetstrekk med straffeprosessuelt ransaking og beslag, og enkelte av reglene i straffeprosessloven er gitt tilsvarende anvendelse.

Bevissikringsadgangen gjelder bare i overtredelsessaker, jf. § 25. Bevissikring er et omfattende inngrep overfor subjektene for etterforskningen. Det er derfor naturlig at bevissikringsadgangen begrenses til tilfeller hvor det foreligger mistanke om lovbrudd. Bevissikring skiller seg fra kontrollbesøk etter § 24, fordi tilsynet ikke med hjemmel i § 24 kan søke etter bevis selv<sup>69</sup>. Bevissikringshjemmelen kan være et mer effektivt virkemiddel. Uten forvarsel kan Konkurransetilsynet iverksette bevissikringen, for at det mistenkte foretaket ikke skal kunne forspille bevis<sup>70</sup>. Bevissikringshjemmelen gir også Konkurransetilsynet adgang til lokalene til mistenkte som ellers ville ha nektet tilgang.

---

<sup>69</sup> Ryssdal s. 188

<sup>70</sup> Ved bevissikring fokuserer Konkurransetilsynet i praksis på å gå frem på en rask og effektiv måte, slik at etterforskningsobjektet ikke har mulighet til å gjemme unna beviser, jf. Konkurransetilsynets retningslinjer og samtale med ansatt i tilsynets etterforskningsavdeling.

Det er anført i teorien at det følger av det alminnelige forholdsmessighetsprinsipp at bevissikring må begrenses til tilfeller der opplysnings- og utleveringspålegg ikke er formålstjenlig<sup>71</sup>. Bevissikring er et inngripende etterforskningskritt, og vil fremstå som uforholdsmessig i tilfelle hvor det er klart at det etterforskede foretaket legger alle kort på bordet. Det er imidlertid ikke grunnlag for å tro at de fleste av foretakene som etterforskes av tilsynet vil bidra til sakens opplysning. Tvert i mot finnes det en rekke eksempler fra tilsynets saker på at foretak aktivt motarbeider etterforskningen. Ved bevissikring vil tilsynet også kunne søke seg frem til bevis man ikke visste om på forhånd, og som dermed ikke ville kommet frem gjennom for eksempel utleveringspålegg. Bevissikring vil således ofte være et nødvendig etterforskningskritt.

Kompetansen etter § 25 tilligger kun Konkurransetilsynet, jf. ordlyden i § 25. Dette er forskjellig fra § 24, som gir kompetanse til konkurransemyndighetene generelt. Begrunnelsen for at Konkurransetilsynet er gitt eksklusiv kompetanse til å foreta bevissikring, ligger i bevissikringens inngripende karakter. Tilsynet representerer en rettssikkerhetsgaranti i kraft av sin fagekspertise. Etter § 25 (3) kan Konkurransetilsynet imidlertid få bistand av politiet til å iverksette bevissikring, noe som ofte gjøres i praksis. Dette gir et inntrykk av at man mener alvor, og kan nok medføre at det er lettere for tilsynet å få de etterforskede til å samarbeide. Konkurransetilsynet har ikke hjemmel til å sikre bevis ved hjelp av fysisk maktbruk. Må makt anvendes kreves politiets bistand, og vilkårene i straffeprosessloven §§ 195 flg. må være oppfylt<sup>72</sup>.

§ 25 (4) gir hjemmel for å forsegle forretningslokaler osv. mens bevissikringen pågår. Bestemmelsen bygger på regelen i rådsforordning 1/2003 art. 20 nr. 2 bokstav d, og kan sikre at bevis ikke forspilles mens kontrollen pågår. Det alminnelige forholdsmessighetsprinsipp vil imidlertid sette grenser også for adgangen til forsegling av lokaler.

---

<sup>71</sup> Se Vesterkjær s. 445

<sup>72</sup> Se NOU 2003:12 s. 169

Motsetter foretakets ansatte seg bevissikringen, kan dette resultere i overtredelsesgebyr, jf. krrl. § 29 (1) litra c, og straff, jf. § 30 (1) litra c.

#### 4.3 Vilkårene for å iverksette bevissikring

§ 25 inneholder to hovedvilkår, som begge må være oppfylt for bevissikring i saker etter krrl. §§ 10 eller 11: Det må foreligge ”rimelig grunn” til å anta at §§ 10 eller 11 er overtrådt, og det må foreligge en forutgående bestemmelse fra retten om at bevissikring kan iverksettes.

Kravet om at det må foreligge rimelig grunn til å anta at konkurranseloven er overtrådt, er en videreføring av den gamle konkurranselovens § 6-2. § 25 kan tolkes på samme måte som § 6-2<sup>73</sup>. Dette medfører at det ikke kreves mistanke om en straffbar handling, kun at loven eller vedtak i medhold av loven er brutt. Kravet til ”rimelig grunn” innebærer ikke krav til sannsynlighetsovervekt<sup>74</sup>. Dette er annerledes enn ved strafferettslig beslag, hvor det kreves ”skjellig grunn” til mistanke; krav til sannsynlighetsovervekt. Grunnen til at kravet i konkurransesakene er mer lempelig, ligger i bevisenes natur i disse sakene. Bevisene vil lett kunne forspilles om mistenkte får en anelse om at han kan bli gjenstand for kontroll. Disse hensynene begrunnet det lempelige kravet i den gamle konkurranseloven, og forarbeidene til den nye anfører at hensynene fortsatt er relevante.

Ved tolkingen av hva som ligger i kravet til ”rimelig grunn”, bør man etter min vurdering også se hen til bevissikringens karakter. Bevissikring er et drastisk inngrep i den etterforskedes rettssfære, og dette taler for at bevissikring bør reserveres for tilfelle hvor det foreligger en viss minstegrad av sannsynlighet for at lovbrudd er begått. Overgangen til et forbudsprinsipp i den nye loven, samt tilsynets adgang til å ilegge overtredelsesgebyr, gjør at tilsynets etterforskning ligger nærmere straffeprosessen enn etter den tidligere lov. Dette taler for at man burde legge til grunn et krav til

---

<sup>73</sup> Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 162 og NOU 2003:12 s. 192.

<sup>74</sup> Ot.prp. nr. 41 (1992-1993) s. 113.

sannsynlighetsovervekt likt det som gjelder i straffesaker også ved Konkurransetilsynets etterforskning.

Lovtekst og forarbeider gir imidlertid ikke grunnlag for å stille krav til sannsynlighetsovervekt for at loven er brutt ved bevissikring. Selv om reelle hensyn kan tilsi sannsynlighetsovervekt, kan dette ikke være avgjørende når lovteksten og forarbeidene er så klare som de er. Inntil noe annet eventuelt legges til grunn i rettspraksis, kan gjeldende rett ikke sies å inneholde krav til sannsynlighetsovervekt.

Det andre vilkåret etter § 25 (2) er at forutgående tillatelse til bevissikring forligger fra tingretten. Bestemmelsen er en rettssikkerhetsgaranti, som skal sikre at tilsynet ikke går til bevissikring i andre tilfeller enn nødvendig. Likheten med straffeprosessuell ransaking og beslag er forarbeidenes begrunnelse for at forutgående avgjørelse fra retten er påkrevet<sup>75</sup>.

Avgjørelsen treffes av retten uten at mistenkte blir varslet. Kjæremål over beslutningen har heller ikke oppsettende virkning. Reglene sikrer effektiviteten i bevissikringen, den det gjelder får ikke noe forvarsel som muliggjør bevisforspillelse.

Reglene kan tenkes å komme i et anstrengt forhold til EMK art. 6 og 8, siden foretaket som er gjenstand for bevissikring ikke har mulighet til kontradiksjon i forhold til rettens avgjørelse.

#### 4.4 Hvor bevissikring kan gjennomføres

§ 25 (1), litra a og b angir hvor Konkurransetilsynet kan søke etter bevis ved bevissikring. Ordlyden er endret i forhold til den tilsvarende bestemmelsen i den gamle loven, uten at det er ment som noen realitetsendring. Ordlyden ble endret for å klargjøre

---

<sup>75</sup> Se NOU 2003:12 s. 192 og Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 162. EMD vil vektlegge at det foreligger forutgående avgjørelse fra retten som et av flere momenter ved vurderingen av bevissikring i forhold til EMK art. 8, se punkt 4.6.2.



innholdet i bestemmelsen, og bygger dels på de tilsvarende reglene i EU/EØS og dels på strpl. § 192.

Etter litra a kan tilsynet kreve adgang til ”lokaler, eiendommer, transportmidler og andre oppbevaringssteder”. Den vide angivelsen gjør bevissikring til et effektivt virkemiddel. Det etterforskede foretak har liten mulighet til bevisforspillelse ved å oppbevare avgjørende informasjon utenfor sine lokaler, fordi tilsynet kan foreta bevissikring også utenfor lokalene, for eksempel i foretakets biler. Bevissikringsadgangen omfatter også elektroniske lagringsmedier, for eksempel servere. Det er i utgangspunktet uten betydning om stedene tilhører det mistenkte foretaket eller andre. Det avgjørende er om det foreligger ”rimelig grunn” til å anta at krrl. §§ 10 eller 11 er overtrådt, og at det kan finnes bevis på det aktuelle stedet<sup>76</sup>.

En mulig begrensning ligger i at ordlyden i bokstav a forutsetter at bevissikring bare kan foretas på ”oppbevaringssteder”, jf. ”lokaler, eiendommer, transportmidler og *andre oppbevaringssteder*”. Er for eksempel en koffert et ”oppbevaringssted” som tilsynet har adgang til? Ved tolkingen kan man se hen til strpl. § 192, som konkurranseloven bygger på. Etter § 192 går det et skille mot oppbevaringssteder som er underlagt reglene for personlig ransaking. Ransaking av for eksempel klær, kofferter og vesker må betegnes som personlig ransaking, og kan ikke gjøres med hjemmel i strpl. § 192<sup>77</sup>. Siden krrl. § 25 (1) litra a bygger på strpl. § 192, må en tilsvarende begrensning gjelde ved Konkurransetilsynets bevissikringer. Rettssikkerhetshensyn taler også for dette. Tilsynet kan derfor ikke ransake koffertene til ansatte, eller gå gjennom jakkelommer osv. Er det behov for fysisk ransaking må politiet koples inn, og vilkårene i strpl. § 195 være oppfylt<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 162-163 og NOU 2003:12 s. 192-193.

<sup>77</sup> Jf. Hov s. 65

<sup>78</sup> Se NOU 2003:12 s. 169-170

Tilsynets erfaringer viser at viktig informasjon ofte oppbevares i jakkelommer, lommebøker og kofferter osv<sup>79</sup>. Når det er grunn til å tro at bevis oppbevares på et slikt sted, vil tilsynet kunne kreve informasjonen utlevert, jf. § 24 (2). Etterkommes ikke pålegget, er dette straffbart etter krrl. § 30 (1) litra c.

Etter § 25 (1), litra b kan Konkurransetilsynet få adgang til bolig dersom det er ”særlig grunn” til å anta at bevis oppbevares der. I disse tilfellene må det både foreligge ”rimelig grunn” til å anta at loven er overtrådt, og ”særlig grunn” til å anta at bevis oppbevares i den private boligen. ”Særlig grunn” innebærer at det skal mer til for å kunne iverksette bevissikring i private boliger enn ellers. Bakgrunnen er at bevissikring i private hjem er et svært inngripende tiltak, som også vil kunne gå ut over uvitende tredjeparter<sup>80</sup>.

Ved vurderingen av om det er adgang til bevissikring i private hjem, må det foretas en interesseavveining mellom hensynet til effektiv håndhevelse, og hensynet til respekt for hjem og privatliv. Det ulovfestede forholdsmessighetsprinsipp gjelder. Jo mer inngripende bevissikringen fremstår, jo sterkere grunner må foreligge som taler for at bevissikringen gjennomføres<sup>81</sup>. Konsekvensen av forholdsmessighetskravet kan være at det ikke er anledning til å foreta bevissikring i et privat hjem, selv om det er ”særlig grunn” til å anta at bevis oppbevares der, fordi det for eksempel må antas at et utleveringspålegg vil være tilstrekkelig til å sikre bevisene. Hensynet til respekt for privatlivet må imidlertid ikke strekkes for langt. Erfaringer fra Konkurransetilsynets og EU/EØS-organenes etterforskning viser at viktige bevis ofte oppbevares hjemme hos foretakets ansatte. I alvorlige saker der det ikke kan forventes samarbeidsvilje fra de etterforskede, er det derfor klart at bevissikring i private hjem vil fremstå som forholdsmessig.

---

<sup>79</sup> Jf. skriv fra Konkurransetilsynet til Konkurranselovutvalget, 26. april 2002.

<sup>80</sup> Se NOU 2003:12 s. 193-194 og Ot.prp. nr. 6 s. 163.

<sup>81</sup> Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 163.

§ 25 (1), litra b må forstås slik at bevissikring kan foretas også i boliger til tredjemenn<sup>82</sup>. Bevissikring i tredjemanns bolig vil imidlertid kunne fremstå som et spesielt drastisk inngrep i den private rettssfære, og dette må tillegges vekt ved forholdsmessighetsvurderingen.

EMK art. 8 stiller krav til Konkurransetilsynets fremgangsmåte ved bevissikring i private hjem (og bevissikring i foretakets lokaler). Bestemmelsen drøftes i punkt 4.6.2.

#### 4.5 Hva kan beslaglegges som bevis?

Krrl. § 25 gir også hjemmel til at tilsynet kan ta med ”ting” som kan ha betydning som bevis, jf. litra c. ”Ting” må forstås på tilsvarende måte som i strpl. § 203. Under uttrykket faller alle former for løsøre, herunder dokumenter. Datalagret informasjon anses også å være ”ting”, og kan beslaglegges<sup>83</sup>. Forskrift om opplysningsplikt m.v. § 5, inneholder en opplisting over hvilke type ting tilsynet kunne ta med ved bevissikring etter den gamle loven. Opplistingen må antas å være i samsvar med rettstilstanden etter den nye loven.

I utgangspunktet kan tilsynet ta med alle typer ting som kan ha betydning som bevis. Det spiller ingen rolle om informasjonen er å anse som privat, det avgjørende er om den har mulig bevisverdi. Dette innebærer at tilsynet har adgang til å beslaglegge også private harddisker, dersom de kan inneholde bevis.

#### 4.6 Begrensninger i bevissikringsadgangen

##### 4.6.1 Taushetsplikt (herunder om advokatkorrespondanse)

Opplysningspliktbestemmelsen setter rammen for hva som kan være omfattet av bevissikring<sup>84</sup>. Det er på det rene at opplysningsplikten ikke gjelder for forhold underlagt kvalifisert lovbestemt taushetsplikt, med de unntak som følger av § 24 (3). Siden informasjon som ikke er omfattet av opplysningsplikten er unntatt fra

---

<sup>82</sup> Se Ot.prp. nr. 6 s. 164.

<sup>83</sup> Se NOU 2003:12 s. 194-195 og Ot.prp. nr. 6 s. 164.

<sup>84</sup> Se NOU 2003:12 s. 195, Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 150 og 164 og Ot.prp. nr. 41 (1992-1993) s. 114.

bevissikring, må en tilsvarende begrensning innfortolkes i § 25. Taushetsplikt som har sitt grunnlag i avtale eller privat instruks, gir derimot ikke grunnlag for unntak, verken fra opplysningsplikt eller bevissikring. Det samme gjelder såkalt ukvalifisert taushetsplikt<sup>85</sup>.

I tillegg til at bestemmelsene om taushetsplikt må innfortolkes i § 25, kommer bestemmelsene i strpl. §§ 117-120 jf. 204 til anvendelse, jf. § 25 (2) i.f. Disse bestemmelsene medfører at det ikke kan tas beslag i informasjon som mistenkte er fritatt for vitneplikt for, og som besittes av den som kan nekte å forklare seg, eller den som har rettslig interesse i hemmelighold.

Den problemstilling som er mest aktuell i konkurransesaker, gjelder advokatkorrespondanse. Det kan ikke tas beslag i informasjon som er betrodd advokater i deres stilling som advokat, jf. strpl. §§ 119 jf. 204, jf. krrl. § 25 (2), i.f. Beslagsfriheten for advokatkorrespondanse betegnes også som advokatprivilegiet. Reglene er begrunnet i advokaters taushetsplikt, og mistenktes mulighet til å utøve et effektivt forsvar.

EMK art. 6 gir også et vern for advokatkorrespondanse (legal privilege)<sup>86</sup>.

Straffeprosesslovens regler skiller seg ikke i særlig grad fra EMK på dette punkt. Det er straffeprosessloven som hovedsakelig legges til grunn for vurderingen av advokatkorrespondanse i norsk rett, og jeg vil derfor i det følgende begrense min drøftelse til reglene i straffeprosessloven.

Advokatkorrespondanse er unntatt beslag, uavhengig av om dokumentene befinner seg hos advokaten eller klienten<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> Se NOU 2003:12 s. 189. Med ukvalifisert taushetsplikt menes visse bestemmelser om taushetsplikt i lovgivningen om for eksempel eiendomsmeglere, revisorer og banker, som etter lang praksis må vike for opplysningsplikten/bevissikringsadgangen.

<sup>86</sup> Se Vesterkjær s. 457.

<sup>87</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 144 og NOU 2003:12 s. 167

Bare informasjon som er betrodd advokater ”i deres stilling” er unntatt, jf. strpl. §§ 204 jf. 119. Advokaten må ha fungert som juridisk rådgiver/prosessfullmektig i den konkrete saken. Har advokaten derimot optrådt som revisor, eiendomsmeidler eller lignende, vil ikke beslagsforbudet gjelde<sup>88</sup>. Det er bare korrespondanse med advokat som er unntatt, rettshjelpere omfattes ikke<sup>89</sup>.

Advokatkorrespondansen antas å være unntatt fra beslag, uavhengig av om advokaten er ansatt i det etterforskede foretaket, eller om han har vært engasjert som ekstern rådgiver. Dette er annerledes enn gjeldende rett innen EU/EØS, der korrespondanse med foretakets egne ansatte advokater ikke nyter godt av beslagsforbudet<sup>90</sup>.

At internadvokater også er omfattet av det norske unntaket, er allikevel ikke tvilsomt. Det er for det første fastslått i forarbeidene<sup>91</sup>. I tillegg taler avgjørelsen inntatt i Rt. 2000 s. 2167 (Smedvig-saken) for dette. I avgjørelsen ble det fastslått at korrespondanse med internadvokater nyter vern etter tvistemålsloven.

Hvorvidt korrespondanse med utenlandske advokater er vernet, er så vidt jeg vet ikke omtalt i forarbeidene. I EU/EØS-retten opererer man med et skille, slik at utenlandske advokater ikke er omfattet av unntaket<sup>92</sup>. Smedvig-saken taler for at det ikke er et tilsvarende skille i norsk rett, slik at også korrespondanse med utenlandske advokater faller inn under unntaket<sup>93</sup>.

I forbindelse med advokatkorrespondanse har det vært diskutert hvorvidt korrespondansen må angå forsvaret i den konkrete saken, for å være unntatt fra beslag.

---

<sup>88</sup> Se NOU 2003:12 s. 195 og Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 165.

<sup>89</sup> Se Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 165

<sup>90</sup> Jf. Whish s. 263-264.

<sup>91</sup> NOU 2003:12 s. 195 og Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 165

<sup>92</sup> Se Whish s. 263-264

<sup>93</sup> Jf. Teigum s. 262.

I følge forarbeidene gjelder unntaket bare korrespondanse angående forsvaret, og bare opplysninger advokaten er betrodd ”når det er besluttet bevissikring”<sup>94</sup>. Forarbeidene oppstiller således snevre grenser for beslagsfriheten.

De snevre grensene som oppstilles i forarbeidene er begrunnet i hensynet til etterforskningens effektivitet. Forarbeidenes vektlegging av effektivitet går etter min vurdering på bekostning av hensynet til det etterforskede foretaks mulighet til å forsvare seg. At korrespondansen må gjelde forsvaret, er en naturlig konsekvens av at beslagsfriheten er begrunnet med at mistenkte skal ha mulighet til å utøve et effektivt forsvar. Begrensningen om at bare advokatkorrespondanse avgitt etter beslutning om bevissikring er unntatt, er det vanskeligere å begrunne. En slik grensedragnings bygger på en forutsetning om at mistenktes rett til et effektivt forsvar først inntreffer ved bevissikring. Forutsetningen er etter min mening ikke holdbar. Også før bevissikring er besluttet iverksatt vil det kunne være grunn til å anvende rettssikkerhetsgarantien som ligger i unntaket for advokatkorrespondanse, fordi foretaket risikerer å bli ilagt overtredelsesgebyr. Å oppstille beslutningen om bevissikring som skjæringspunkt for hvilken korrespondanse som er unntatt, kan dessuten medføre at unntaket for advokatkorrespondanse mister sin betydning. Konkurransetilsynets etterforskning kan nemlig ha pågått over lengre tid før man beslutter seg for å gå til bevissikring. Det er sannsynlig at det mistenkte foretaket i slike saker vil koble inn advokat på et tidlig stadium, og at informasjon som er viktig for å utøve et effektivt forsvar utveksles mellom advokat og klient. Dersom denne informasjonen ikke er unntatt fra beslag, bare fordi beslutning om bevissikring ikke foreligger, vil unntaket for advokatkorrespondanse få liten betydning som rettssikkerhetsgaranti. Dette er betenkelig i lys av den nye lovens omfattende forbud og vide håndhevingsfullmakter<sup>95</sup>.

Som det fremgår ovenfor mener jeg det er grunn til å sette spørsmålsteget ved forarbeidenes begrunnelse på dette punkt. Lovteksten og forarbeidene gir grunnlag for

---

<sup>94</sup> Se Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) på s. 144 og 165

<sup>95</sup> Se Teigum s. 262-263.

usikkerhet i forhold til når unntaket for advokatkorrespondanse inntreffer. Dette må finne sin løsning gjennom praksis.

Et annet tolkningsspørsmål, er i hvilken utstrekning advokatens medhjelpere er omfattet av unntaket. Etter strpl. § 119 (2) gjelder unntaket også ”underordnede og medhjelpere som i stillings medfør er kommet til kunnskap om det som er betrodd de nevnte personer”. Bestemmelsen er gitt for å gjøre regelen i første ledd effektiv. Personer som hjelper advokater med arbeid i forskjellige saker, vil naturlig nok ofte få kunnskaper om saken som faller under advokatprivilegiet. Dersom disse personene ikke skulle være fritatt fra forklaringsplikt om disse forholdene, ville advokatprivilegiet kunne omgås ved å skaffe informasjonen fra advokatens medhjelper i stedet.

Det er et tolkningsspørsmål knyttet til hvilken tilknytning medhjelperen må ha til advokaten for at medhjelperens informasjon skal være unntatt fra beslag. Dette var den sentrale problemstillingen i Borgarting lagmannsretts kjennelse av 03.11.04 i saken mellom SAS Braathens AS og Konkurransetilsynet.

Saken gjaldt beslag Konkurransetilsynet hadde sikret seg i lokalene til SAS Braathens i forbindelse med etterforskning for mulig brudd på krrl. § 11. SAS Braathens anførte at konkurranseøkonomiske utredninger utarbeidet av et konsulentselskap ikke kunne beslaglegges, fordi konsulentselskapet måtte anses for å være medhjelperen til flyselskapets advokatforbindelse. I likhet med den foregående avgjørelsen fra tingretten, ble SAS Braathens ikke hørt med anførselen, og flyselskapets kjæremål ble forkastet.

Lagmannsrettens avgjørelse gir en viss veiledning for vurderingen av i hvilken grad medhjelpere faller inn under advokatprivilegiet. Retten fremhevet i sin begrunnelse at oppregningen av yrkesgrupper i § 119 (1) i utgangspunktet er uttømmende, og at andre yrkesgrupper dermed bare ville kunne være omfattet av unntaket dersom det foreligger et underordnings- eller medhjelperforhold, slik at annet ledd kommer til anvendelse. Spørsmålet ble dermed om konsulentselskapet etter en konkret vurdering kunne sies å være advokatfirmaets medhjelper i § 119 annet ledds forstand. Lagmannsretten kom til at det ikke forelå et medhjelperforhold.

Retten la til grunn at unntaket i § 119 (2) må tolkes relativt strengt. Dette ble begrunnet med at formålet med annet ledd er å gjøre første ledd effektiv der advokater bistås av hjelpere. Ved tolkningen av annet ledd må man således i følge retten se hen til at medhjelperens eventuelle fritak fra vitneplikt er en avledet konsekvens av advokatens fritak, og at det ikke har vært meningen med bestemmelsen å fritta nye yrkesgrupper fra vitneplikt. Jeg er enig i rettens utgangspunkt om at annet ledd må tolkes relativt strengt, slik at man unngår at store deler av dokumentene i en sak må unntas fra beslag fordi de på en eller annen måte står i forbindelse med et advokatoppdrag. En slik tolking ville gå ut over etterforskningens effektivitet, og ville også ligge utenfor formålet med § 119 (2). Imidlertid mener jeg det kan stilles spørsmål ved rettens argumentasjon om at det ikke har vært meningen å unnta nye yrkesgrupper fra vitneplikt. Det avgjørende ved vurderingen av om det foreligger et medhjelperforhold bør være graden av og grunnlaget for tilknytning mellom advokat og medhjelper, ikke hvilket yrke medhjelperen har. Det er medhjelperens tilknytning til advokaten som vil være av betydning for om medhjelperen sitter på opplysninger som faller under advokatprivilegiet.

Til tross for at retten innledningsvis vektlegger betydningen av medhjelperens yrke, legger retten til grunn at tilknytningsforholdet er det viktigste. Det fremheves at selv om konsulentselskapet i hovedsak drev økonomisk rådgivning ved yrkesutøvere som ikke falt under oppregningen i § 119 (1), utelukket ikke dette at de kunne være unntatt fra forklaringsplikt, dersom tilknytningen til advokatfirmaet var tilstrekkelig nær. Denne løsningen har gode grunner for seg, og ivaretar formålet bak § 119 (2). Medhjelperens yrke bør ikke tjene som annet enn en indikasjon på om tilknytningen til advokaten er tilstrekkelig tett.

For at tilknytningen skal være nær nok til at det foreligger et medhjelperforhold, fremhevet retten at medhjelperens oppdrag må være avledet fra advokatens eget oppdrag, og bistanden må være en integrert del av advokatens oppdrag. Disse kravene var ikke oppfylt i saken.

Lagmannsretten konstaterte for det første at konsulentselskapets oppgaver fremstod som selvstendige ved siden av advokatfirmaets. Konsulentselskapets hovedoppgave, å utarbeide en konkurranseøkonomisk utredning, var av en annen art enn advokatfirmaets



bistand. Rettens begrunnelse kan kritiseres for i for liten grad å ta hensyn til at konkurranseøkonomiske vurderinger kan være viktig ved anvendelsen av de materielle konkurransereglene. Konkurransereglene bygger i stor grad på økonomisk teori om markeders funksjon, og økonomiske vurderinger vil derfor stå sentralt ved anvendelsen av rettsreglene. Dette særtrekket ved konkurranselovgivningen er ikke trukket frem av lagmannsretten. Jeg mener imidlertid at dette kan tale for at konsulentselskapet var nærmere integrert i advokatfirmaets oppdrag, enn det retten la til grunn.

Lagmannsretten fremhevet også at kontraktsstrukturen mellom SAS Braathens, konsulentselskapet og advokatfirmaet talte for at det forelå et trepartssamarbeid, der konsulentselskapet hadde en rolle som selvstendig sakkyndig. Man vektla at det var SAS Braathens som besluttet å engasjere firmaet, og som stod for betalingen. Retten sier riktignok at disse forholdene ikke kan være avgjørende, men ettersom det ble tillagt en viss vekt mener jeg det kan gi grunnlag for kritikk av rettens avgjørelse. Formelle kriterier vil i alminnelighet ikke være avgjørende for om det foreligger et integrert samarbeidsforhold. På denne bakgrunn kan etter mitt syn ikke disse momentene bli annet enn elementer i en helhetsvurdering, som ikke bør tillegges stor vekt.

Gjennomgangen av lagmannsrettens avgjørelse har vist at enkelte sider ved rettens argumentasjon kan kritiseres. Det kan stilles spørsmål ved avgjørelsens vekt som rettskildedefaktor. Frem til annen rettspraksis foreligger er det imidlertid grunn til å tro at dommen vil være retningsgivende for Konkurransetilsynets forståelse av beslagsfriheten i forhold til advokater og deres hjelpere.

#### 4.6.2 EMK art. 8

Artikkel 8 beskytter retten til respekt for privatliv, familieliv, hjem og korrespondanse. I dette avsnittet vil jeg drøfte betydningen av art.8 for Konkurransetilsynets adgang til å foreta bevissikring. Grunnlovens (17. mai 1814, grl.) § 102 inneholder et vern mot vilkårlig husundersøkelse. § 102 forstås slik at den bare verner private boliger, forretningslokaler faller utenfor bestemmelsen<sup>96</sup>. Betydningen i forhold til

---

<sup>96</sup> Jf. Andenæs s. 359.

etterforskning i konkurransesaker er derfor begrenset, og grl. § 102 vil ikke bli drøftet i det følgende.

Art. 8 (2) fastslår at offentlig myndighet bare kan gjøre inngrep i rettighetene etter artikkelen på nærmere bestemte vilkår. EMD har i flere avgjørelser anvendt bestemmelsen i forhold til ransaking foretatt av nasjonale konkurransemyndigheter<sup>97</sup>.

Art. 8 vil derfor være relevant ved vurderingen av Konkurransetilsynets bevissikringsadgang. Det er påfallende at forholdet til art. 8 ikke er gitt noen utfyllende drøftelse i konkurranselovens forarbeider.

Tradisjonelt har art. 8 vært tolket slik at den verner om privatlivets fred. Det var således lenge aktuelt kun å anvende bestemmelsen i forhold til ransaking og beslag foretatt i private hjem. I den senere tid har EMD gjennom sin dynamiske tolkingsmetode utvidet anvendelsesområdet. Det er i dag også grunnlag for å anvende art. 8 til en viss grad overfor ransaking i kontorlokaler. I det følgende vil jeg først drøfte utviklingen av vernet for kontorlokaler. Deretter vil jeg generelt vurdere betydningen av art. 8 ved bevissikring.

I *Chappell v. UK* (1989) kom EMD til at gjennom søking av en persons hjem, som også var kontoret for hans eget foretak, innebar brudd på retten til ”hjem”.

*Niemietz v. Germany* (1992) viser at EMK ikke er uanvendelig bare fordi det dreier seg om profesjonell aktivitet, og en advokats kontor ble ansett for å falle inn under ”hjem”.

*Chappell* og *Niemietz* dreide seg om fysiske personers vern etter art. 8. Avgjørelsen i *Stes Colas Est and Others v. France* (2002) skiller seg fra *Niemietz*- og *Chappell*-saken. I *Stes Colas* fastslo EMD at juridiske personer også har vern. Dette betyr at foretak kan påberope seg at dets ”hjem” og ”privatliv” krenkes ved ransaking og beslag i foretakets lokaler.

---

<sup>97</sup> Se for eksempel *Stes Colas Est. and others v. France*.

Stes Colas Est. and others v. France dreide seg om etterforskning for brudd på fransk konkurranselovgivning på 1980-tallet. Under etterforskningen tok franske myndigheter seg inn i lokalene til de etterforskede foretakene og beslagla tusenvis av dokumenter. Foretakene hevdet at deres rett til "hjem", jf. art. 8 (1), var krenket.

I pkt. 40 og 41 i dommen konstateres at foretak nyter vern etter art. 8, og at foretakets kontorer etter omstendighetene kan falle inn under betegnelsen "hjem". I begrunnelsen for å gi foretak vern etter art. 8 viser EMD til sin avgjørelse i *Comingersoll v. Portugal*, hvor det ble fastslått at foretak har et visst vern etter EMK art. 6. Man ser altså en generell tendens i EMD's praksis til å gi foretak rettigheter etter EMK.

*Tamosius v. the United Kingdom* (2002) bekrefter regelen. EMD nøyde seg med en kort henvisning til *Stes Colas*, og fastslo at bevissikring i kontorlokaler kan komme i strid med art. 8. Det er på bakgrunn av denne utviklingen i EMD-praksis klart at foretak vil kunne påberope seg art. 8 når Konkurransetilsynet går til bevissikring i deres lokaler.

Det er interessant at EF-domstolen i *Hoechst v. Commission* (1989) uttalte at kontorer ikke nyter tilsvarende vern etter EF-retten. I avgjørelsen uttalte også EF-domstolen at det samme gjelder etter EMK, en forståelse som pr. i dag ikke er riktig. Utviklingen av EMK art. 8 kan tenkes å gi grunnlag for en endring av rettstilstanden i EF, slik at man også her verner kontorlokaler<sup>98</sup>.

Bevissikring vil kunne medføre brudd på retten til både "privatliv" og til "hjem" etter art. 8 (1), fordi tilsynet tar seg inn i andres lokaler uten tillatelse. Spørsmålet blir om tilsynets fremgangsmåte oppfyller kravene i art. 8 (2), slik at inngrepet rettferdiggjøres. Er ikke kravene i annet ledd oppfylt, vil bevissikringen være i strid med EMK.

---

<sup>98</sup> Uansett mener jeg som nevnt i kapittel 1 at EMK er direkte relevant ved tolkingen av etterforskningsreglene i konkurranseloven, mens EF-reglernes betydning er usikker. Siden kontorlokaler er vernet etter art. 8 må dette således legges til grunn ved bevissikring etter den norske loven.

For det første må bevissikring foretas ”i samsvar med loven”. Dette vilkåret er oppfylt dersom Konkurransetilsynet holder seg innenfor de rammer som følger av konkurranseloven § 25. På bakgrunn av de vide fullmakter til bevissikring som følger av § 25, antar jeg at dette vilkåret ikke får særlig betydning i forhold til Konkurransetilsynets etterforskning.

Videre må bevissikringen tjene et av de legitime forholdene som oppregnes i art. 8 (2). Dette vil som regel være tilfelle. I følge EMD<sup>99</sup> er det klart at konkurransemyndighetenes virksomhet for å avdekke brudd på loven ligger innenfor formålet om å fremme økonomisk velferd, og trolig også formålet om å bekjempe kriminalitet.

Det er særlig vilkåret om at bevissikringen også må være ”nødvendig i et demokratisk samfunn”, som ikke alltid er oppfylt. I dette ligger en vurdering av om bevissikring er nødvendig for å oppfylle det angitte formål, og at bevissikringen ikke går lenger enn nødvendig. Art. 8 (2) inneholder således et proporsjonalitetskrav. Selv om statene har en viss skjønnsmargin, må unntaksregelen i art. 8 (2) etter EMD’s praksis tolkes snevert<sup>100</sup>.

Ved proporsjonalitetsvurderingen vektlegger EMD om det foreligger tilstrekkelige garantier mot misbruk. Konkurransetilsynets vide myndighet etter krrl. til å foreta bevissikring, medfører at kravet til garantier mot misbruk etter art. 8 blir desto sterkere. En garanti ligger i at Konkurransetilsynet er avhengig av forutgående kjennelse fra tingretten før de kan gå til bevissikring. Dette er i samsvar med krav EMD flere ganger har stilt til rettslig kontroll med grunnlaget for inngrepet<sup>101</sup>. En annen garanti som vektlegges er hvorvidt en uavhengig kontrollinstans er til stede under bevissikringen<sup>102</sup>.

---

<sup>99</sup> Se for eksempel *Stes Colas Est. and others v. France*, hvor konkurransemyndighetenes inngrep lå innenfor formålet om økonomisk velferd og forebygging av kriminalitet.

<sup>100</sup> Jf. *Klass and others v. Germany* avsnitt 42, og *Funke-dommen* avsnitt 55.

<sup>101</sup> Jf. *Stes Colas*. Myndighetenes vide fullmakter, kombinert med manglende krav om forutgående godkjennelse fra retten, gjorde her at EMD kom til at inngrepet var i strid med proporsjonalitetskravet.

<sup>102</sup> Se for eksempel *Nietmietz* avsnitt 37

Problemer kan oppstå dersom tilsynet ikke i tilstrekkelig grad konkretiserer beslagets gjenstand, slik at det også beslaglegges overskuddsinformasjon som er saken uvedkommende. Går tilsynet for langt vil proporsjonalitetskravet kunne bli brutt. Dette fremgår av EMD's avgjørelse i Niemietz<sup>103</sup>. Manglende konkretisering ble brukt som argument for at inngrepet ikke var proporsjonalt. Niemietz-avgjørelsen viser også at inngrep vil kunne bli uproporsjonalt dersom beslaglegget omfatter advokatkorrespondanse. EMD begrunnet dette blant annet med at dersom en advokats legal privilegje krenkes, vil det kunne lede til at kravet om rettferdig rettergang i art. 6 brytes. Dersom Konkurransetilsynet foretar generalbeslag, med risiko for å få med seg overskuddsinformasjon og beslagfrie informasjon, vil dermed dette kunne innebære en krenkelse av EMK.

Ved vurderingen av forholdet til art. 8 må det foretas en helhetsvurdering av bevissikringens nødvendighet og proporsjonalitet. I vurderingen vil det blant annet være av betydning hvor alvorlig lovovertrødelse den etterforskede er mistenkt for. Det vil også være relevant hvorvidt bevis kunne vært innhentet på annen måte. Dersom foretaket for eksempel har motsatt seg et utleveringspålegg, vil det være en faktor som taler for at bevissikring ikke er et uproporsjonalt tiltak. Og motsatt: Dersom utleveringspålegg ikke er forsøkt for å innhente bevis, vil det tale for at bevissikringen står i et anstrengt forhold til art. 8.

Praksis fra EMD gir grunnlag for å spørre om vernet etter art. 8 er like sterkt for kontorlokaler som for boliger. I både Niemietz og Stes Colas ble det anført at vernet ikke er like sterkt for kontorlokaler. EMD tok ikke uttrykkelig stilling til dette. Jeg mener imidlertid reelle hensyn taler for en slik tolking. Bevissikring foretatt i private hjem må sies å være mer inngripende enn i et foretaks kontorlokaler. Proporsjonalitetsvurderingen bør derfor være tyngre ved bevissikring i private hjem.

---

<sup>103</sup> Se avsnitt 37

#### 4.6.3 Rett til å ta med originaler uten at foretaket får beholde kopi?

Utgangspunktet etter konkurranseloven er at Konkurransetilsynet kan beslaglegge originaler, uten at foretaket har krav på å beholde kopi<sup>104</sup>. Adgangen er begrunnet i hensynet til etterforskningens effektivitet. Dersom Konkurransetilsynet bare hadde adgang til å beslaglegge kopier, ville nødvendigvis ressurser og tid gå med til kopiering av det relevante materialet. Det ville også være lettere for det etterforskede foretaket å identifisere hva beslaget består av. Foretaket ville ha større muligheter til å ta forholdsregler for å slippe unna anklagene. Videre har originaldokumenter større bevisverdi enn kopier. Viktig informasjon vil kunne være påført dokumenter for hånd, som vil kunne forsvinne ved kopiering.

Retten til å beslaglegge originaler kan imidlertid ikke gjelde uten modifikasjoner. Den etterforskedes mulighet til å forberede forsvaret mot tilsynets anklager reduseres, fordi man ikke har tilgang på den informasjon tilsynet har beslaglagt. Informasjonen tilsynet beslaglegger kan være nødvendig for den daglige drift. På bakgrunn av disse hensynene må det vurderes i den enkelte sak om det å beslaglegge originaler vil utgjøre et uforholdsmessig inngrep<sup>105</sup>. Tilsynet må alltid foreta en slik vurdering. En praksis hvor man beslaglegger originaler uten å vurdere de konkrete omstendigheter, vil ikke stå seg i forhold til forholdsmessighetskravet<sup>106</sup>. Det vil også kunne være et uforholdsmessig inngrep om tilsynet beslaglegger originaler, på tross av at det ikke ville skade etterforskningen om man nøyde seg med kopier. Forholdsmessighetskravet medfører også at bevis som beslaglegges skal leveres tilbake så snart behovet for det bortfaller, så sant dette ikke er til skade for etterforskningen<sup>107</sup>.

---

<sup>104</sup> Se NOU 2003:12 s. 196-199, og Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 165-166

<sup>105</sup> Se NOU 2003: 12 s. 198. Det er interessant at Kommisjonen ikke kan ta med originaler, men må nøye seg med kopier, jf. rådsforordning 1/2003 art. 20 nr. 2 bokstav c. Dette viser at det kan være mulig å etterforske saker på bakgrunn av kopier.

<sup>106</sup> Dette er anført i teorien, se Teigum s. 273-274

<sup>107</sup> Jf. NOU 2003: 12 s. 198

I forarbeidene fremheves det at forholdsmessighetsvurderingen vil påvirkes av om det er praktisk mulig for Konkurransetilsynet å ta kopier<sup>108</sup>. Det sier seg selv at det kan virke ødeleggende på etterforskningens effektivitet dersom tilsynet må bruke store ressurser på å foreta kopiering av omfattende bevismateriale. På den annen side vil foretak i visse tilfelle kunne unngå at tilsynet har adgang til å beslaglegge originaler, ved å bistå tilsynet med kopieringen<sup>109</sup>.

#### 4.6.4 Adgang til beslag i elektroniske lagringsmedier?

Etter krrl. § 25 (1) bokstav c kan Konkurransetilsynet ta beslag i ting ”som kan ha betydning som bevis”. Et spørsmål som har vært mye diskutert<sup>110</sup>, er hvorvidt tilsynet har adgang til å foreta såkalt generalbeslag, eller om det må stilles krav til at tilsynet konkretiserer hva som er gjenstanden for beslaget.

Problemstillingen er særlig aktuell som følge av utviklingen av moderne lagringsteknologi. Konkurransetilsynet foretar i praksis beslag av fullstendige elektroniske lagringsmedier. Slike medier rommer store mengder informasjon, som det er lett for tilsynet å ta beslag i, for eksempel ved speilkopiering av et foretaks server eller beslag av harddisker. Ved slike beslag vil sannsynligheten være stor for at tilsynet får med seg informasjon som er saken uvedkommende, og/eller informasjon som er unntatt fra beslag (for eksempel advokatkorrespondanse). Dette er betenkelig ut fra hensynet til rettssikkerhet. Moderne lagringsmedier reiser imidlertid nye praktiske utfordringer. De relevante dokumenter kan plukkes ut av et arkivskap, men ved bevissikring i elektroniske lagringsmedier vil ikke alltid slik utskillelse være mulig. Dette ser vi for eksempel ved speilkopiering av servere.

Utgangspunktet er at det bare kan tas beslag i ”ting som kan ha betydning som bevis”, jf. § 25 (1) litra c. Hovedregelen er m.a.o. at det bare kan tas beslag i bevis som kan

---

<sup>108</sup> Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) s. 166

<sup>109</sup> Teigum s. 274

<sup>110</sup> Teigum s. 257, Ryssdal s. 190 flg. og Rogne s. 60.

være av relevans for saken<sup>111</sup>. Det er likevel ikke noe krav til at tilsynet nøyaktig utsorterer relevant materiale. I forarbeidene er det lagt til grunn at tilsynet så langt som praktisk mulig skal undersøke om informasjonen er av relevans eller ikke. Dersom disse undersøkelsene avdekker informasjon som ikke er relevant, kan ikke denne beslaglegges. I forhold til elektronisk lagret informasjon presiserer imidlertid forarbeidene at det vil være nær sagt umulig for tilsynet å gjennomgå dette under bevissikringen. Uttalelsene åpner for at tilsynet har adgang til å beslaglegge elektronisk lagret informasjon i form av for eksempel bånd med sikkerhetskopi eller speilkopier<sup>112</sup>.

Konkurransetilsynets praksis med å ta med fullstendige kopier av elektroniske lagringsmedier er blitt kritisert<sup>113</sup>. Kritikken er begrunnet i at adgangen til slik bevissikring lar hensynet til etterforskningens effektivitet gå på bekostning av hensynet til etterforskedes rettssikkerhet. Det anføres at bevisbegrepet har et kvalifisert innhold, og at det kreves en saklig grad av sammenheng mellom mistanken og det som beslaglegges som bevis<sup>114</sup>. Videre vil et generalbeslag innebære en automatisk tilsidesettelse av spesifikasjonskravet som muligens må innfortolkes i § 25<sup>115</sup>.

Borgarting lagmannsretts kjennelse av 15.03.04 bidrar til en viss avklaring. Saken gjaldt beslag foretatt av Konkurransetilsynet hos Norsk Medisinaldepot AS under mistanke om overtredelse av krrl. av 1993 § 3-1 (1) om ulovlig prissamarbeid m.v. Lagmannsretten opprettholdt bevissikring av CD'er og disketter, filkopiering av konsernets server og speilkopiering av pc-servere.

---

<sup>111</sup> NOU 2003: 12 s. 199-201 og Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 166. Se også Oslo forhørsretts kjennelse av 28.03.00 (Gresvig).

<sup>112</sup> NOU 2003: 12 s. 199-201 og Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 166. I følge forarbeidene må krrl. § 25 tolkes på samme måte som strpl. § 203. I Rt. 1986 s. 1149 og Rt. 1995 s. 1831 tolkes strpl. § 203 slik at utsortering av relevant materiale må gjøres i den grad det er praktisk mulig.

<sup>113</sup> Teigum s. 257-261, Vesterkjær s. 450-451, Ryssdal s. 190 flg.

<sup>114</sup> Rogne s. 60, Vesterkjær s. 450 flg. og Teigum s. 257.

<sup>115</sup> Det er hevdet i teorien at spesifikasjonskravet i strpl. § 207 må gis analogisk anvendelse i konkurransesaker, se Vesterkjær s. 461 flg.



Retten la til grunn at det kan være videre rammer for bevissikring og beslag i konkurransesaker enn i straffesaker. Dette ble begrunnet med at samfunnets interesse i å opprettholde priskonkurranse står sterkere enn samfunnets interesse i å straffe. Etter min mening bør man være forsiktig med å oppstille lempeligere krav for bevissikring etter konkurranseloven, særlig etter vedtakelsen av den nye konkurranseloven, hvor Konkurransetilsynet kan ilegge et alvorlig og straffeliknende gebyr. Tilsynets rolle som etterforsker og ”domstol”, taler for at rettssikkerhetsgarantier av straffeprosessuell art gis anvendelse. Dette hensyn gjør seg særlig gjeldende i forhold til bevissikring, fordi dette er et svært inngripende etterforskningssteg<sup>116</sup>.

Lagmannsretten la i sin avgjørelse avgjørende vekt på de bevismessige utfordringer Konkurransetilsynet står overfor ved etterforskning. I forhold til speilkopiering legger retten til grunn at det ikke er teknisk mulig for tilsynet under bevissikring å sortere ut informasjon som ikke skal være inkludert i kopien fordi det må antas å ikke være av betydning som bevis. Retten godtok derfor speilkopieringen av pc-serverne. Dette er i tråd med forarbeidenes uttalelser<sup>117</sup>, og tilsynets praksis med speilkopiering må således sies å være i samsvar med gjeldende rett.

I følge retten var beslaget knyttet tilstrekkelig til mistanken, fordi beslaget var knyttet til visse utvalgte personer. Retten bygger her på en forutsetning om at tilsynet ikke har adgang til for eksempel å beslaglegge all informasjon på foretakets server. Dette har gode grunner for seg. Etter min mening vil et slikt beslag ikke oppfylle kravet til saksrelevans, og det ville også måtte karakteriseres som uforholdsmessig.

Retten påpekte at siden det på harddiskene til de utvalgte ansatte var grunn til å mistenke at det befant seg informasjon av betydning som bevis, var ikke inngrepet uforholdsmessig. Beslaget ble oppfattet som et dramatisk inngrep i privatlivet til de berørte ansatte i Norsk Medisinaldepot AS. Dette hang sammen med at en stor del av

---

<sup>116</sup> Jf. Teigum s. 260, hvor det hevdes at lagmannsrettens relativisering av rettssikkerhetsprinsipper gir grunnlag for å stille spørsmålsteget ved kjennelsens rettskildevikt.

<sup>117</sup> Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 166 og 237

det beslaglagte var personlig e-post. At inngrepet fremstår som drastisk i forhold til de berørtes privatliv, er av relevans ved forholdsmessighetsvurderingen som må foretas etter EMK art. 8. For at beslag skal stå seg i forhold til art. 8, må graden av mistanke om at beslaget inneholder bevis oppveie krenkelsen av privatlivets fred.

Konkurransetilsynet legger kjennelsen til grunn for at det kan opprettholde sin praksis med å ta fullstendige kopier av elektroniske lagringsmedier, uten å måtte avgrense beslaget nærmere<sup>118</sup>. Siden forarbeidene også støtter denne praksisen, vil tilsynet med rette kunne foreta generalbeslag i elektroniske lagringsmedier. På bakgrunn av den massive kritikken fra konkurranserettsadvokater i juridisk teori, er det imidlertid grunn til å tro at domstolene vil få rikelig anledning til å trekke grensene nærmere. Ved denne grensedragningen mener jeg domstolene i større grad enn lagmannsretten må ta hensyn til kravene i EMK art. 8, og at rettssikkerhetsgarantier anvendes på lik linje som i straffeprosessen.

#### 4.6.5 Håndtering av overskudds- og beslagsfri informasjon

Som en konsekvens av Konkurransetilsynets vide adgang til å beslaglegge informasjonsbærere, vil tilsynet i en del tilfeller beslaglegge informasjon som ikke er av relevans som bevis (såkalt overskuddsinformasjon), og/eller informasjon som er unntatt fra beslag (advokatkorrespondanse). I disse tilfellene oppstår problemstillinger knyttet til hvordan denne informasjonen skal behandles.

Regler om behandling av overskuddsinformasjon finnes i forskrift om opplysningsplikt m.v. kap. 3<sup>119</sup>. Tilsynet må i den grad det er praktisk mulig gjennomgå beslaget slik at overskuddsinformasjon ikke tas med. Dette gjelder ikke dersom informasjonsbæreren inneholder både overskuddsinformasjon og relevant informasjon, og denne informasjonen ikke kan skilles fra hverandre uten at innholdet endres.

---

<sup>118</sup>Jf. artikkel i tilsynets tidsskrift Konkurransenytt 2/2004

<sup>119</sup> Reglene foreslås videreført i den nye forskriften om opplysningsplikt m.v. kap. 4.

Det har vært omdiskutert om tilsynet selv har adgang til å gjennomgå bevismateriale for å sortere ut beslagsfri informasjon<sup>120</sup>. Konkurranseloven inneholder ingen bestemmelse om dette. Imidlertid utfylles loven her av forskrift om opplysningsplikt m.v. § 5 (2)<sup>121</sup>. Etter ordlyden kan tilsynet gjennomgå beslaglagte dokumenter i den grad det er ”nødvendig for å bringe på det rene om de er unntatt fra bevissikring”.

Forskriftens § 5 (2) må sees i sammenheng med strpl. § 205 (3). Borgarting lagmannsrett la i en kjennelse fra 24. feb. 2000 (Gresvig) til grunn at prinsippet i strpl. § 205 (3) gjelder tilsvarende i bevissikringssaker etter krrl. 1993. Dette er også sagt i forarbeidene til den nye konkurranseloven<sup>122</sup>.

Strpl. § 205 (3) bestemmer at informasjon som besitteren ikke plikter å forklare seg om uten etter særskilt pålegg fra retten, heller ikke kan beslaglegges uten beslutning fra retten. Dersom politiet forelegger dokumenter for retten for avgjørelse av om beslag skal opprettholdes, skal dokumentene forsegles i lukket konvolutt i nærvær av besitteren.

Viktige uttalelser om rekkevidden av bestemmelsen er gitt i Rt. 1986 s. 1149 (Pengeskapskjennelsen) og Rt. 1995 s. 1831 (Legejournalkjennelsen). I Pengeskapskjennelsen la kjæremålsutvalget til grunn at politiet ikke kan gjennomgå materiale som besitteren hevder inneholder beslagsfri informasjon. Dersom politiet selv kunne foreta utsorteringen, ville politiet kunne få innsyn i det beslagsfrie materialet. Beslagsspørsmålet må derfor avgjøres av retten. Legejournalkjennelsen modifierer dette. Retten mente at politiet hadde adgang til selv å foreta utsortering av beslagsfritt materiale. Retten tolket Pengeskapskjennelsen slik at politiet bare er forhindret fra å foreta utsorteringen i saker hvor den beslagsfrie informasjon er underlagt taushetsplikt for å hindre innsyn fra politiet selv. Opplysningene i Legejournalkjennelsen var underlagt taushetsplikt av hensyn til pasientene, og det var derfor ingenting i veien for

---

<sup>120</sup> Se Teigum s. 263.

<sup>121</sup> Foreslått videreført i ny forskrift om opplysningsplikt m.v. § 8 (3).

<sup>122</sup> NOU 2003: 12 s. 196 og 200, og Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 165 og 238.

at politiet kunne foreta utsorteringen av dette materialet. Legejournalkjennelsen viser at strpl. § 205 (3) ikke inneholder noe absolutt forbud mot at tilsynet sorterer ut advokatkorrespondanse. Kjennelsen kan imidlertid ikke strekkes langt som argument for at tilsynet kan gjennomgå slik korrespondanse. I konkurransesaker gjelder beslagsfriheten for å hindre innsyn fra tilsynet, fordi tilsynet også avgjør spørsmålet om sanksjon skal ilegges.

Konkurranselovens forarbeider legger til grunn at tilsynet kan gjennomgå dokumenter og elektroniske lagringsmedier for å avgjøre om de er unntatt fra beslag<sup>123</sup>. Forutsetningen er at dette kan gjøres uten at tilsynet gjør seg kjent med det nærmere innholdet av dokumentene. Det hevdes i forarbeidene at dette er i samsvar med lagmannsrettens kjennelse av 24. feb. 2000 (Gresvig). Det er anført i teori og rettspraksis at forarbeidenes forståelse av lagmannsrettens kjennelse er feilaktig<sup>124</sup>. Dette er jeg enig i. Lagmannsrettens kjennelse tar for seg domstolenes gjennomgang av beslagsfritt materiale, ikke Konkurransetilsynets. Kjennelsen kan derfor ikke tillegges avgjørende vekt i forhold til spørsmålet om tilsynets adgang til å gjennomgå beslaget. At forarbeidene her synes å legge til grunn en feilaktig forståelse av lagmannsrettens kjennelse, gir grunnlag for usikkerhet knyttet til rettskildevekten av forarbeidenes uttalelser. Den mulige misforståelsen av kjennelsen fratar likevel ikke forarbeidene all rettskildevekt. Forarbeidene henviser til kjennelsen som et eksempel på at advokatkorrespondanse ofte vil kunne utsorteres fra elektronisk lagret materiale uten at den som sorterer får innsyn i advokatkorrespondansen. I disse sakene kan det anføres at tilsynet må kunne gjennomgå materialet, fordi tilsynet uansett ikke vil få innsyn i innholdet av korrespondansen. Hensynet bak reglene om beslagsfrihet omgås derfor ikke.

Spørsmålet om tilsynets adgang til å gjennomgå informasjon for å utsortere beslagsfritt materiale kom opp i Borgarting lagmannsretts kjennelse om Norsk Medisinaldepot

---

<sup>123</sup> NOU 2003: 12 s. 196 og 200, og Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 165 og 238.

<sup>124</sup> Teigum s. 264, og Oslo tingretts kjennelse fra 19. jan. 2004 i saken om beslaget hos Norsk Medisinaldepot AS.

AS<sup>125</sup>. Retten la til grunn at strpl. § 205 (3) ikke innebærer at retten må avgjøre spørsmålet om beslag i alle tilfelle hvor besitteren hevder at informasjonsbæreren inneholder beslagsfri informasjon.

Det er anført i litteraturen at forskriftens § 5 (2) må tolkes innskrenkende<sup>126</sup>. Dersom tilsynet i for stor grad gis adgang til å sortere ut advokatkorrespondanse, risikerer man at hensynene bak advokatprivilegiet omgås. Ved tilsynets gjennomgang av beslaget vil det være en risiko for at det får innsyn. Dette er betenkelig, fordi tilsynet selv bestemmer om foretaket skal ilegges overtredelsesgebyr. Ved sanksjonsileggelsen må det antas at tilsynet kan bli påvirket av innholdet i advokatkorrespondansen.

Dersom en anførsel fra det etterforskede foretak om at informasjonsbæreren inneholdt advokatkorrespondanse alltid skulle lede til at beslaget måtte sendes til retten, ville dette kunne være et middel for den etterforskede til å hale ut prosessen. Dette taler for å gi tilsynet adgang til å gjennomgå materialet, så lenge dette kan skje uten at man får innsyn i innholdet.

Konklusjonen blir at det ikke er grunnlag for å hevde at informasjonsbærere må gjennomgås av retten i alle tilfelle hvor de påstås å inneholde advokatkorrespondanse. Rettskildefaktorene tilsier at tilsynet kan foreta utsorteringen, så sant dette ikke medfører at man gjør seg kjent med innholdet i det beslagsfrie materialet.

Det gjenstår imidlertid en rekke uavklarte spørsmål knyttet til hvordan tilsynet skal gå frem i praksis. For eksempel vil det kunne være vanskelig å fastslå når det foreligger risiko for at tilsynet blir kjent med innholdet i materialet. Dette er problemstillinger som det er grunn til å tro at rettspraksis vil få anledning til å avklare.

NMD-kjennelsen gir en viss veiledning. Den åpner for at det kan foretas en konkret vurdering i den enkelte sak av hvordan beslagsfri informasjon skal håndteres. I NMD-

---

<sup>125</sup> 15. mars 2004, NMD-kjennelsen.

<sup>126</sup> Jf Evensen (red) s. 478.

saken var det ikke nødvendig at Konkurransetilsynet foretok en utsortering etter fremgangsmåten i § 5 (2), fordi tilsynet var i besittelse av kopier. Retten mente at NMD var nærmest til å sette opp en liste over dokumenter som kunne være unntatt som advokatkorrespondanse, og å gjennomgå denne med tilsynet. Ved uenighet kunne dokumentene skrives ut og forelegges for tingretten uten at tilsynet fikk tilgang til innholdet. Hvis det ikke var mulig å rense lagringsmediet, kunne tingretten pålegge tilsynet å ikke granske det som er unntatt. Løsninger som den retten her skisserer er fornuftige ut fra hensynet til etterforskningens effektivitet. Det må imidlertid være en forutsetning at hensynet bak reglene om advokatkorrespondanse ikke omgås. Videre bør man ikke gå for langt i å pålegge den etterforskede plikter i forhold til å unndra advokatkorrespondanse fra beslaget. Omfattende plikter i denne retning vil kunne føre til at bevissikringen som helhet fremstår som uforholdsmessig.

Lagmannsretten fremhevet i NMD-saken at elektroniske lagringsmedier reiser nye problemstillinger som ikke er løst i praksis, pga den store informasjonsmengden slike medier kan inneholde. At det dreier seg om en stor mengde informasjon bør imidlertid ikke være det avgjørende kriteriet<sup>127</sup>. Spørsmålet bør være om tilsynets gjennomgang medfører risiko for innsyn i taushetsbelagt informasjon.

Dersom advokatkorrespondansen oppbevares i egne mapper merket ”advokatkorrespondanse”, vil ikke tilsynet kunne beslaglegge mappene. Dersom tilsynet mener mappene inneholder informasjon som kan beslaglegges, må mappene i samsvar med Pengeskapskjennelsen sendes til retten for gjennomgang.

#### 4.6.6 Retten til å ha advokat tilstede ved bevissikring

Problemstillingen i det følgende er om Konkurransetilsynet må vente med å iverksette bevissikring til foretakets advokat ankommer stedet.

---

<sup>127</sup> Jf. Teigum s. 266, som støtter sitt syn på avgjørelsene fra Borgarting lagmannsrett av 15. feb. 2000 og Høyesteretts kjæremålsutvalg Rt. 2000 s. 531 i den såkalte Viksveen-saken vedrørende bestemmelsen i strpl. § 205 (3). Lagmannsretten uttalte her at det faktum at beslaget er stort ikke kan være avgjørende for om retten må gjennomgå materialet.

Det etterforskede foretak har rett til å la seg bistå av advokat, jf. fvl. § 12, også ved bevissikring, jf. fvl. § 15 (2). Retten etter forvaltningsloven gjelder imidlertid bare der advokaten allerede er på granskingsstedet, den gir ikke krav på at granskningen utsettes til foretakets advokat ankommer, så lenge dette ikke kan skje uten unødige tidsspille eller ulempe<sup>128</sup>.

Konkurranseloven og forskriften om opplysningsplikt m.v. inneholder ingen bestemmelse om denne problemstillingen. Lovutvalgets flertall ønsket å lovfeste en regel om at bevissikringen ikke kunne påbegynnes før advokaten var ankommet<sup>129</sup>. Dette ble imidlertid ikke lovens løsning. Departementet vektla at hensynet til bevisforspillelse tilsier at bevissikringen kan iverksettes omgående<sup>130</sup>.

Tilsynet har følgelig i henhold til forvaltningsloven og konkurranselovens adgang til å iverksette bevissikring umiddelbart så sant faren for bevisforspillelse tilsier det. Denne adgangen brukes ofte i praksis. Det er ikke lang tid som trengs for å gjemme unna viktig informasjon, og det vil derfor i praksis ofte være viktig at bevissikringen iverksettes umiddelbart. Det følger imidlertid av fvl. § 15 (3) at det faktisk må foretas en vurdering av faren for bevisforspillelse<sup>131</sup>. I de tilfellene hvor det ikke er noen fare, må tilsynet vente på advokaten, under forutsetning av at denne kan komme innen rimelig tid. Venter man ikke på advokaten i slike tilfeller, vil bevissikringen kunne fremstå som uforholdsmessig, jf. det alminnelige forvaltningsrettslige forholdsmessighetsprinsipp og EMK art. 8.

---

<sup>128</sup> Ot.prp. nr. 38 (1964-1965) s. 51

<sup>129</sup> Se drøftelsen i NOU 2003:12 på s. 201-202.

<sup>130</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 166-167

<sup>131</sup> Dette gjøres av tilsynet i praksis. Tilsynets interne retningslinjer angir at gruppelederen i henhold til fvl. § 15 (3) må vurdere hvor lenge det er forsvarlig å vente på advokat ut fra faren for bevisforspillelse.

#### 4.7 Opplysnings- og utleveringspålegg gitt under bevissikring

Opplysningsplikten og utleveringsplikten gjelder ved bevissikring, jf. § 24 (4). Dette innebærer at Konkurransetilsynet kan kreve muntlige forklaringer på stedet, og at disse kan nedtegnes<sup>132</sup>.

På bakgrunn av bevissikringens inngripende karakter kan det hevdes at omfanget av opplysnings- og utleveringsplikten bør være mindre under bevissikring enn ellers<sup>133</sup>. Det presiseres imidlertid i forarbeidene at regelen i § 24 (4) er ment å avskjære foretak som er utsatt for bevissikring fra å nekte å gi opplysninger med den begrunnelse at bevissikring er iverksatt, og at dette gir status som siktet<sup>134</sup>. Gis det omfattende pålegg om opplysninger/utlevering, vil dette imidlertid kunne medføre at bevissikringen fremstår som uforholdsmessig etter det alminnelige forholdsmessighetsprinsipp og EMK art. 8.

#### 4.8 Overprøving

Rettens beslutning om bevissikring treffes uten at foretaket som etterforskes varsles. Dette betyr at foretaket ikke har mulighet til å få beslutningen overprøvd før bevissikringen er iverksatt. Spørsmålet om bevissikringen skal opprettholdes kan på ethvert tidspunkt av bevissikringen bringes inn for tingretten, se forskrift om opplysningsplikt m.v. § 3 (3)<sup>135</sup>. Tilsynet plikter å gjøre foretaket kjent med denne retten. Kjæremålet har imidlertid ikke oppsettende virkning, jf. krrl. § 25 (2). Tilsynet kan altså opprettholde bevissikringen, mens kjæremålssaken pågår.

---

<sup>132</sup> NOU 2003: 12 s. 188, nederst på høyre spalte.

<sup>133</sup> Jf. Rogne s. 179 flg.

<sup>134</sup> NOU 2003:12 s. 168, venstre spalte.

<sup>135</sup> § 7 i forslaget til ny forskrift.



## 5 Avslutning

Konkurranseloven inneholder vide etterforskningshjemler. De alvorlige sanksjonene, og tilsynets rolle som etterforsker og ”domstol”, taler for at etterforskningsreglene tolkes med tilstrekkelig hensyntagen til mistenktes rettssikkerhet.

Imidlertid gir konkurranseloven med forarbeider klare indikasjoner på at hensynet til etterforskningens effektivitet er vel så viktig. Dette synet gjenspeiles også i Borgarting lagmannsretts avgjørelser i NMD- og SAS Braathens-saken. Konkurransetilsynet vil sannsynligvis legge disse rettskildefaktorene til grunn for sin etterforskningspraksis. I dette ligger det et potensial for rettslige konflikter<sup>136</sup>. Foretak under etterforskning vil kunne påberope seg straffeprosessuelle rettssikkerhetsgarantier og EMK. Disse reglene kan være vanskelig å forene med kravet til effektivitet i etterforskningen.

Spenningsforholdet mellom hensynene, gir grunn til å tro at vi i fremtiden vil se flere tvister i rettsapparatet knyttet til fremgangsmåten ved etterforskningen av brudd på krrl. §§ 10 og 11.

---

<sup>136</sup> Dette poenget ble fremhevet av advokat Fredrik Sejersted (Regjeringsadvokaten) i hans foredrag om bevissikring på konkurranserettsforumet i Bergen 13.04.05.

## 6 Litteraturliste

### 6.1 Litteratur

Bjerke, Hans Kristian. *Straffeprosessloven. Kommentartutgave. Bind I.* Hans Kristian Bjerke og Erik Keiserud. 3. utg. Oslo, 2001.

Evensen, Harald (red.). *Konkurranseloven med kommentarer.* Oslo, 1999.

Graver, Hans Petter. *Forbudet mot misbruk av dominerende stilling i konkurranseloven § 11.* I: Lov og Rett nr. 6 2004 s. 340 flg.

Hov, Jo. *Rettergang II. Straffeprosess.* Oslo, 1999.

Møse, Erik. *Menneskerettigheter.* Oslo, 2002.

Rogne, Ingrid. *Forklaringsplikt i konkurransesaker.* I: IUSEF nr. 33, år 2000.

Ryssdal, Anders. *Konkurranseseprosessen.* I: JV 3/2003 s. 169 flg.

Skoghøy, Jens Edvin A. *Norske domstolers lovkontroll i forhold til inkorporerte menneskerettskonvensjoner.* I: Lov og Rett 2002 s. 337 flg.

Svane, Henrik. *Granskning utført av Konkurransetilsynet.* I: Tidsskrift for forretningsjuss 2/1999 s. 175 flg.

Teigum, Siri. *Effektivitet eller rettsikkerhet?* Siri Teigum og Eivind Vesterkjær. I: Tidsskrift for forretningsjuss 2/2004 s. 250 flg.

Vesterkjær, Eivind. *Konkurransetilsynets adgang til beslag – særlig om elektronisk lagret materiale.* I: Tidsskrift for forretningsjuss 4/2000 s. 441 flg.

Whish, Richard. *Competition law*. 5. utgave. London, 2003.

## 6.2 Rettspraksis

Norske domstoler:

Rt. 1976 s. 1447 Rekstenkjennelsen

Rt. 1986 s. 1149 Pengeskapskjennelsen

Rt. 1994 s. 610 Bølgepappkjennelsen

Rt. 1995 s. 1831 Legejournalkjennelsen

Rt. 2000 s. 531 Viksveen-saken.

Rt. 2000 s. 996

Rt. 2000 s. 2167 Smedvig-saken

Rt. 2002 s. 497

Rt. 2002 s. 509

Rt. 2002 s. 557

Borgarting lagmannsrett. Kjennelse. 15.02.2000. Viksveen-saken.

Borgarting lagmannsrett. Kjennelse. 24.02.2000. Gresvig-saken. LB-2000-172

Borgarting lagmannsrett. Kjennelse. 15.03.2004. NMD-saken. LB-2004-03207

Borgarting lagmannsrett. Kjennelse. 03.11.2004. SAS Braathens-saken. LB-2004-55862

Oslo forhørsrett. Kjennelse. 28.03.00. Gresvig-saken. Sak nr. 0001691

Oslo tingrett. Kjennelse. 19.01.2004. Sak nr. 03-015676ENE-OTIR/03

Menneskerettighetsdomstolen (EMD):

Engel and others v. the Netherlands, A 22 (1974)

Klass and Others v. Germany, 06.09.1978. Sak nr. 5029/71

Chappell v. the United Kingdom, 30.03.1989. Sak nr. 10461/83

Niemietz v. Germany, 16.12.1992. Sak nr. 13710/88

Funke v. France, 25.02.1993. Sak nr. 10828/84

Saunders v. the United Kingdom, 17.12.1996. Sak nr. 19187/91

Comingersoll v. Portugal, 06.04.2000. Sak nr. 35382/97

Heaney and McGuinness v. Ireland, 21.12.2000. Sak nr. 34720/97

Stes Colas Est. and others v. France, 16.04.2002. Sak nr. 37971/97  
Vastberga Taxi and others v. Sweden, 23.07.2002. Sak nr. 36985/97  
Tamosius v. the United Kingdom, 19.09.2002. Sak nr. 62002/00

EF-domstolen:

Joined cases 46/87 and 227/88 Hoechst v. Commission, 21. ECR 1989 p. 2859  
Case 374/87 Orkem v. Commission. ECR 1989 p. 3283

### 6.3 Forarbeider

Norges offentlige utredninger:

NOU 1991: 27 Konkurransen for effektiv ressursbruk

NOU 2003: 12 Ny konkurranselov

NOU 2003: 15 Fra bot til bedring

Odelstingsproposisjoner:

Ot.prp. nr. 38 (1964-1965) Forvaltningslov

Ot.prp. nr. 41 (1992-1993). A) Om lov om konkurranse i ervervsvirksomhet. B) Om lov om pristiltak

Ot.prp. nr. 6 (2003-2004). A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven). B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler m.v. (EØS-konkurranseloven)

