



Nærings- og fiskeridepartementet

Sendt elektronisk

Deres ref.: 21/3215-2

Dato: 10. januar 2022

Vår ref.: 314772

Høring av forslag til endringer i konkurranseloven

1 INNLEDNING

Advokatforeningens tillitsvalgte advokater utfører et omfattende frivillig og ulønnet arbeid for å ivareta rettsstaten, rettssikkerheten og menneskerettighetene. En del av dette arbeidet består i å utarbeide høringsuttalelser.

Advokatforeningens høringsarbeid er organisert i 27 lovutvalg og 13 faste utvalg, oppdelt etter særskilte rettsområder og rettslige interesseområder. Om lag hundre høringsuttalelser utarbeides av Advokatforeningens tillitsvalgte advokater hvert år.

Alle våre høringsuttalelser er forfattet av advokater med ekspertise innenfor det rettsområdet som lovforslaget gjelder. En ekspertise som ikke er hentet kun fra juridisk teori, men fra advokatenes praktiske erfaring med å bistå sine klienter – i den norske rettsstatens hverdag. Denne høringsuttalelsen er skrevet ut fra Advokatforeningens ønske om å bidra til gode lovgivningsprosesser, og gode lover.

2 SAKENS BAKGRUNN

Nærings- og fiskeridepartementet fremsatte 1. oktober 2021 høringsnotat om forslag til endringer i konkurranseloven.

Dette høringssvaret er i hovedsak utarbeidet av Advokatforeningens lovutvalg for Europa- og konkurranserett. Lovutvalget består av Helge Stemshaug (leder), Thea Susanne Skaug, Eivind Johannes Vesterkjær og Line Voldstad, som alle har lang erfaring og god kompetanse innfor det aktuelle rettsområdet.

Etter Advokatforeningens oppfatning er spørsmålet om avvikling av Konkurranselagenemnda det spørsmålet i høringsnotatet som har størst betydning, og foreningen behandler i det følgende dette som hovedspørsmålet. Selv om Advokatforeningen ikke er kjent med konkrete forhold knyttet til nemndas virke som begrunner en avvikling, er foreningen positiv til at spørsmålet om avvikling utredes nærmere,

bl.a. som følge av de forhold departementet peker på i høringsnotatet.

Siden en eventuell avvikling av Konkurransklagenemnda vil bli gjenstand for en egen høring, finner ikke Advokatforeningen det naturlig å gå grundig inn på alternative modeller nå. Det vises imidlertid til Advokatforeningens høringsuttalelse av 11. februar 2015 vedrørende høring av NOU 2014:11 Konkurransklagenemnda¹, hvor foreningen uttalte seg om de ulike modellene som den gang var vurdert.

Advokatforeningen vil utover dette knytte merknader til enkelte av departementets øvrige forslag om endring av konkurranseloven. Flere av disse forslagene er knyttet til saksbehandlingen i Konkurransklagenemnda forutsatt at nemnda videreføres.

Advokatforeningen har ingen særskilte merknader til spørsmålet om endring i patentloven knyttet til tvangslisens (klagebehandling/klageorgan), jf. høringsnotatet kapittel 9.

Forslagene i høringsnotatet er fremsatt uten at det var vært nedsatt et offentlig utvalg på forhånd. Innledningsvis bemerkes at flere av forslagene bærer preg av at disse er utarbeidet av konkurransemyndighetene alene. Enkelte forslag har også prinsipiell betydning utenfor konkurranseloven – f.eks. spørsmålet om renter ifm. overtredelsesgebyr og om tilsynsorganer skal kunne reise søksmål over klageorganers vedtak. Etter Advokatforeningens oppfatning bør slike generelle spørsmål drøftes i en videre og mer prinsipiell sammenheng.

3 SPØRSMÅLET OM AVVIKLING AV KONKURRANSEKLAGENEMNDA

3.1 Om Konkurransklagenemnda bør avvikles

I høringsnotatet kapittel 7 reiser departementet spørsmål om hvorvidt Konkurransklagenemnda bør avvikles. Advokatforeningen finner det naturlig å behandle dette spørsmålet innledningsvis, da en slik avvikling vil innebære en omfattende omlegging av klageordningen i konkurransesaker.

Advokatforeningen er ikke kjent med konkrete forhold knyttet til nemndas virke som begrunner en avvikling. Foreningen anser imidlertid at departementet i høringsnotatet kapittel 7 peker på flere forhold som tilsier at spørsmålet om avvikling bør utredes nærmere. Foreningen minner også om at den på prinsipielt grunnlag var kritisk til dagens modell før den ble innført, jf. høringsuttalelse av 11. februar 2015 til NOU 2014: 11, hvor foreningen uttalte følgende i tilknytning til det som der var omtalt som "modell 2":

"Advokatforeningen støtter ikke flertallets forslag om å innføre modell 2, dvs. at det etableres en Konkurransklagenemnd som får kompetanse til å behandle både dagens klagesaker og gebyrsakene. Ileggelse av overtredelsesgebyr er straff etter EMK. Etter Advokatforeningens syn vil en tvungen behandling for Konkurransklagenemnda kombinert med at søksmål må bringes inn direkte inn for lagmannsretten, være problematisk i forhold til EMK protokoll 7.

Advokatforeningen peker i denne forbindelse på at det etter foreningens syn vil kunne bli praktisk

¹ Uttalelsen til Advokatforeningen ifm. NOU 2014:11: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/Horing-av-NOU-201411-Konkurransklagenemnda/id2340340/>

vanskelig å finne medlemmer til nemnda som både har konkurransefaglig kompetanse og oppfyller de krav til habilitet og uavhengighet forøvrig som EMK stiller. Etter Advokatforeningens oppfatning har det lite for seg å opprette en konkurranse-klagenemnd uten at nemndas medlemmer har særlig kompetanse innen konkurranseområdet utover den kompetanse som allerede finnes i eller kan bygges opp i de alminnelige domstoler. Det vises her blant annet til mindretallets bemerkning om at innføring av tvunget verneting kan styrke tingrettens kompetanse i konkurransesaker. Etter Advokatforeningens syn er dette et forslag som bør overveies nærmere.

Et av de argumentene som utvalget fremhever til fordel for modell 2, er at denne modellen sikrer at flere saker behandles av nemnda, jf. utredningens side 101 annen spalte. Dette kan etter Advokatforeningens syn i seg selv ikke være et relevant argument for at så sentrale saker som gebyrsakene skal underlegges en konkurranseklagenemnd. Avgjørende må være hvorvidt en nemndsbehandling er en bedre ordning enn dagens ordning hvor Konkurransetilsynets gebyrvedtak kan bringes inn for tingretten.

Etter Advokatforeningens syn har dagens ordning der Konkurransetilsynets gebyrvedtak kan bringes inn for tingretten, vist seg å fungere godt. Gebyrsakene er en strafferettslig reaksjon på en overtredelse av konkurranseloven. At de alminnelige domstolene med tingretten i første instans, eventuelt forsterket med fagkyndige meddommere, overprøver disse sakene medfører at man innenfor konkurranseområdet har en ordinær domstolskontroll av disse sakene på linje med det som ellers gjelder for saker om andre former for økonomisk kriminalitet.

Dersom gebyrsakene i vesentlig grad overlates til særorganer, kan det medføre at det over tid etableres en praksis som i forhold til sentrale rettssikkerhetsspørsmål slik som bevisvurderinger, sanksjonsutmåling med videre, adskiller seg fra det som generelt gjelder i saker om økonomisk kriminalitet. Det forhold at nemndas medlemmer vil utøve sin nemndvirksomhet på deltid, kan også medføre at disse ikke vil ha den nødvendige oppmerksomhet knyttet til disse problemstillingene. Nevnte forhold vil etter Advokatforeningens syn være i strid med alminnelige rettssikkerhetshensyn og taler mot etablering av en konkurranseklagenemnd etter modell 2."

De prinsipielle innvendingene som ble reist av Advokatforeningen under høringen av NOU 2014: 11 har etter foreningens syn fremdeles gyldighet.

Advokatforeningen vil også minne om at det foreliggende forslag til advokatlov i Prop 214 L (2020-2021) inneholder et forbud mot at advokater innehar "stillinger i dømmende virksomhet", jf. forslag til § 27(2). Det fremgår av kommentarene til bestemmelsen i Prop 214 L (2020-2021) side 256 at forbudet vil omfatte:

"dommerembeter og midlertidige dommerstillinger, herunder dommerfullmektigstillinger, i de ordinære domstoler, og tilsvarende stillinger i spesialdomstoler og domstollignende forvaltningsorganer. Dette innebærer at blant annet «stillinger» som dommer i Arbeidsretten, dommer eller rettsfullmektig i Trygderetten og nemndleder i fylkesnemnda og Utlendingsnemnda er omfattet. Oppnevnelser til nemnder, kommisjoner, råd og styreverv faller ikke inn under bestemmelsen, selv om det kan være tale om omfattende og langvarige engasjementer."

Advokatforeningen legger til grunn at Konkurransesklagenemnda er et domstollignende forvaltningsorgan

(og ikke som en nemnd av den type som omtales i siste setning i sitatet ovenfor). Slik foreningen ser det, vil forslaget til advokatlov derfor innebære at advokater ikke vil kunne være medlemmer av Konkurransklagenemnda. Den bekymring som Advokatforeningen ga uttrykk for i sin høringsuttalelse til NOU 2014: 11 med hensyn til praktiske vanskeligheter med å finne medlemmer til nemnda som både har konkurransefaglig kompetanse og oppfyller de krav til habilitet og uavhengighet forøvrig som EMK stiller, må derfor antas å bli ytterligere forsterket i fremtiden.

På denne bakgrunn er Advokatforeningen positiv til at spørsmålet om avvikling av Konkurransklagenemnda utredes nærmere.

3.2 Hvis nemnda skal avvikles: Alternative modeller

Siden en eventuell avvikling av Konkurransklagenemnda vil bli gjenstand for en egen høring, finner ikke Advokatforeningen det naturlig å gå grundig inn på alternative modeller nå. Foreningen minner om at ulike alternativer ble grundig utredet i NOU 2014: 11, med utgangspunkt i den daværende ordningen hvor departementet var klageorgan over Konkurransetilsynets vedtak i fusjonssaker og i saker om opphør av overtredelse, mens vedtak om overtredelsesgebyr og avslag på partsinnsyn i overtredelsessaker ble overprøvd i domstolene.

Som et utgangspunkt mener Advokatforeningen at konkurransesaker bør følge det ordinære forvaltnings- og domstolsystemet, med aktiv bruk av de virkemidlene forvaltningsloven, domstolloven og tvisteloven legger opp til for å sikre en forsvarlig behandling av sakene. En eventuell domstolsbehandling bør starte i tingretten, og ikke i lagmannsretten som i dag.

Advokatforeningen noterer seg at departementet anser at det mest nærliggende alternativet til dagens klageordning i konkurransesaker vil være at Konkurransetilsynets vedtak i saker både om gebyr for overtredelse av forbudsbestemmelsene i konkurranseloven og saker om foretakssammenslutninger bringes inn for domstolene. Foreningen er enig i at dette vil oppfylle behovet for en formelt og reelt politisk uavhengig overprøving i disse sakene.

Når det gjelder Konkurransetilsynets vedtak i foretakssammenslutningssaker, er det sentralt at domstolsprøvingen ivaretar partenes behov for rask avklaring. En nærmere utredning av avvikling av Konkurransklagenemnda bør derfor også omfatte særlige saksbehandlingsregler som sikrer en tilstrekkelig hurtig behandling av saker om overprøving av Konkurransetilsynets vedtak i saker om foretakssammenslutninger. Herunder bør det vurderes om det kan være hensiktsmessig med ulike modeller for overprøving av Konkurransetilsynets vedtak i saker om overtredelse av forbudsbestemmelsene i konkurranseloven og saker om foretakssammenslutninger.

Advokatforeningen slutter seg til høringsnotatets vurdering av at klager over Konkurransetilsynets avgjørelser i innsynssaker, pålegg om å gi opplysninger og tilsvarende saker kan behandles av departementet etter de vanlige reglene om forvaltningsklage. Foreningen er også enig i at vedtak om partsinnsyn i overtredelsessaker etter konkurranseloven § 26 er så nært knyttet opp mot overtredelsessakene at de bør kunne bringes inn for retten, slik ordningen var før opprettelsen av Konkurransklagenemnda.

Advokatforeningen anbefaler at en utredning av avvikling av Konkurransklagenemnda i sin nåværende form også omfatter den fremtidige organiseringen av og saksbehandlingen i Konkurransetilsynet. Som ledd i en slik utredning bør det gjøres en fornyet vurdering av om etterforsknings- og

saksforberedelseskompetansen bør skilles fra vedtakskompetansen. Dette kan oppnås ved at vedtak om fusjoner, opphør og overtredelsesgebyr treffes av en konkurransenemnd etter innstilling fra Konkurransetilsynet ("modell 3" i NOU 2014: 11). Som Advokatforeningen påpekte i sin høringsuttalelse til NOU 2014: 11, er dette den modell som best ivaretar hensynet til partenes rettssikkerhet og avgjørelsens legitimitet. Vedtak truffet av en slik nemnd vil være gjenstand for forvaltningsklage og domstolsprøving som omtalt ovenfor.

3.3 Vernetting i konkurransesaker

Advokatforeningen anbefaler at det legges til rette for moderat spesialisering gjennom tvungent vernetting i saker om overprøving av vedtak i konkurransesaker, og slutter seg i den forbindelse til uttalelsene i høringsnotatet med videre henvisninger til NOU 2020: 11.

Den domstol som eventuelt utpekes til tvungent vernetting i konkurransesaker må ha eller gis organisatoriske, ressursmessige og faglige forutsetninger til å håndtere slike saker på en forsvarlig måte innenfor rimelige tidsrammer. Advokatforeningen bemerker at erfaringen med Konkurransesklagemennda tilsier at tilfanget av konkurransesaker ikke nødvendigvis vil være tilstrekkelig til å gi grunnlag for en særlig grad av spesialisering.

Som et alternativ til en ren "konkurransedomstol" nevner Advokatforeningen at to av våre nordiske naboland har ordninger hvor spesialiserte markedsdommere behandler både konkurransesaker og immaterialrettssaker. I Finland reises slike saker ved en egen spesialdomstol, Marknadsdomstolen, mens den svenske Patent- og marknadsdomstolen er en integrert del av Stockholm tingrett. Dersom Konkurransesklagemennda skal avvikles, anbefaler Advokatforeningen at det utredes om en slik ordning kan være aktuell også for Norge, og om Oslo tingrett i så fall bør være tvungent vernetting for konkurransesaker, slik den i dag er det for alle immaterialrettssaker.

Advokatforeningen anbefaler videre at det utredes om den domstol som eventuelt utpekes som tvungent vernetting i konkurransesaker også skal behandle Konkurransetilsynets begjæringer om adgang til bevissikring. Dette vil både kunne bidra til den ønskede spesialisering og til at slike saker behandles av dommere som har kunnskap om de materielle konkurransereglene.

4 KOMMENTARER TIL DE ENKELTE (ØVRIGE) FORSLAGENE

4.1 Klage og behandling i Konkurransesklagemennda som prosessforutsetning (høringsnotatet kapittel 4)

For det tilfellet at Konkurransesklagemennda opprettholdes, mener Advokatforeningen det bør være valgfritt om det først klages til nemnda eller om vedtaket tas direkte inn for tingretten. At partene selv kan velge hvordan de vil angripe vedtaket vil gi god fleksibilitet og rettssikkerhet.

Selv om tidsaspektet tilsier at domstolskontroll normalt vil være mest aktuelt ved saker etter konkurranseloven §§ 10 og 11, er det i prinsippet ingen grunn til at denne valgretten ikke også skal gjelde for vedtak om foretakssammenslutninger. Dette er også i tråd med den alminnelige forvaltningsrettslige hovedregelen. Det hører til unntaket at det oppstilles et krav om klage som prosessforutsetning slik som konkurranseloven gjør i dag.

I overtredelsessaker har Konkurransetilsynet ofte brukt flere år på sin saksbehandling. I tillegg kommer omfattende prosess i nemnda både på grunn av sakenes kompleksitet og for å ivareta grunnleggende rettssikkerhetshensyn slik som departementet viser til. I praksis vil det derfor ofte bli en langvarig og ressurskrevende prosess frem til endelig avklaring i domstolen. Kravet til avgjørelse innen rimelig tid etter EMK art. 6 tilsier derfor også at partene gis valgmulighet her.

Konkurransesaker er ofte komplekse både når det gjelder rettslige- og økonomiske vurderinger og vurderingen av bevis. Etter mange års behandling i tilsynet, vil derfor muntlig høring ofte være bedre egnet enn skriftlig behandling, både av hensyn til effektivitet og for å ivareta sentrale rettssikkerhetshensyn. I dag er det opp til Konkurranseskagenemnda om det skal avholdes muntlig høring og hvor lang tid som eventuelt skal settes av til dette. Av de sakene som har vært behandlet i nemnda hittil har det vært satt av relativt sett liten tid til muntlig høring. For eksempel ble det i Telenor-saken som gjaldt ilagt overtredelsesgebyr på MNOK 788 for misbruk av dominerende stilling etter konkurranseloven § 11, avsatt fem dager til høring i nemnda, mens det til lagmannsrettsbehandlingen ble avsatt fem uker til behandlingen av saken. I Nettbil-saken, som gjaldt et vedtak etter konkurranseloven § 16 om å forby en foretakssammenslutning, ble det kun satt av én dag til muntlig høring.

Advokatforeningen kan ikke se at hensynet til tilstrekkelig sakstilfang for nemnda skal begrunne unntak fra den alminnelige hovedregelen om at det er opp til partene å velge om de vil ta saken direkte inn for domstolene. Dersom saksbehandlingen i nemnda oppfattes som god, uavhengig og effektiv antas det at nemnda vil være det foretrukne valget i de fleste saker fremfor en mer omfattende domstolsprosess. Ved behov for styrking av nemnda bør det heller vurderes andre virkemidler.

Dersom søksmålsforutsetningen fjernes i konkurranseloven § 39 annet ledd, bør det som foreslått av mindretallet i NOU 2014: 11 også vurderes å innta en bestemmelse i loven som sier at forvaltningsloven § 27 b ikke skal gjelde for vedtak som treffes av Konkurransetilsynet.

4.2 Frister i klagesaksbehandlingen (høringsnotatet kapittel 5.3)

Advokatforeningene kan ikke se at det skal være behov for å korte ned dagens klagefrist på seks måneder i saker om overtredelsesgebyr slik som det stilles spørsmål ved i høringsnotatet.

Som begrunnelse for at fristen bør kortes ned, viser departementet blant annet til at partene har fått mye informasjon gjennom dialog og varsel før Konkurransetilsynets vedtak. Utover begrunnet varsel er det imidlertid erfart at det generelt er lite kontradiksjon og dialog med mellom tilsynet og partene. Tilsynet tar omfattende beslag og etterforskningen tar lang tid. Det er inngripende vedtak, ofte med svært høye overtredelsesgebyr.

Det er en omfattende jobb å utarbeide en forsvarlig klage. Å sende inn en minimumsklage som fortløpende suppleres under nemndsbehandlingen anses ikke hensiktsmessig slik prosessen er lagt opp i nemnda i dag med relativt lite dialog og med knappe frister.

Departementet viser videre til at det i saker med flere parter er uheldig for prosessen om klagenes fremsettes på ulik tid. Advokatforeningen er ikke kjent med at dette har vært et problem i praksis. Det antas uansett at en slik eventuell utfordring lar seg løse på andre måter, f. eks gjennom bestemmelser om forening av saker el. fremfor å frata den grunnleggende retten til å utarbeide en forsvarlig klage.

4.3 Søksmålsadgang for konkurransemyndighetene (høringsnotatet kapittel 6)

Advokatforeningen er ikke enig i at Konkurransetilsynet bør ha søksmålskompetanse over klageinstansen vedtak. Det vises her til enstemmig vurdering i NOU 2014: 11 s. 132 der det bl.a ble vist til at:

"søksmålsadgang for Konkurransetilsynet bryter imidlertid med den hierarkiske oppbygningen av forvaltningssystemet. En konkurranseklagenemnd overtar kompetansen til departementet i klagesaker, og må i så måte anses for å være overordnet Konkurransetilsynet. Forvaltningslovens system er at et underliggende forvaltningsorgan er bundet av avgjørelser tatt av et overordnet organ. Staten vil også fremstå som lite konsistent dersom Konkurransetilsynet får en søksmålsadgang. Klageorganet og Konkurransetilsynet vil samlet utgjøre det statlige håndhevingsapparatet på konkurranseområdet. Det kan fremstå som urimelig for den private part dersom Konkurransetilsynet kan kreve ny overprøving i retten etter å ha tapt saken i klagenemnda. En søksmålsadgang for Konkurransetilsynet vil også kunne svekke klagenemndas autoritet, ved at nemndas vedtak trekkes i tvil ikke bare av private parter, men også av Konkurransetilsynet."

Å gi forvaltningsorganet adgang til å overprøve sin egen klageinstans vil videre bryte med alminnelige forvaltning- og sivilrettslige prinsipper. Konkurransetilsynets stilling er her ikke unik sammenlignet med en rekke andre tilsynsorganer. Dersom departementet mener det er behov for en endring, bør spørsmålet utredes mer prinsipielt.

4.4 Renter ved illeggelse av overtredelsesgebyr (høringsnotatet kapittel 8 og lovforslaget (konkurranseloven) § 29 nytt femte og sjette ledd)

Departementet foreslår at det innføres en bestemmelse om renter på overtredelsesgebyr etter konkurranseloven i tråd med systemet i skatteloven.

Advokatforeningen deler ikke departementets syn om at det er behov for eller hensiktsmessig med en slik hjemmel, og kan uansett ikke se spørsmålet er utredet i tilstrekkelig grad.

Advokatforeningen merker seg for så vidt at det ikke ble foreslått innført noen generell rente-hjemmel i forvaltningsloven, herunder at det i Prop. 62 L (2015-2016) Endringer i forvaltningsloven mv. (administrative sanksjoner) mv. punkt 13.6 ble fremhevet at (justis- og beredskaps-) departementet ikke var "kjent med noe generelt, udekket behov for illeggelse av renter ved forsinket betaling av overtredelsesgebyrer."

Høringsnotatet gir etter Advokatforeningens syn ikke til kjenne noe særskilt behov som skulle tilsi en egen avvikende regulering for overtredelsesgebyrer etter konkurranseloven.

Behovet som er angitt i høringsnotatet fremstår etter Advokatforeningens syn utredet i liten grad og hypotetisk ("*... kan bidra til å gjøre konkurransereglene mindre effektive, fordi en klage vil gi foretaket en gevinst i form av rentefri utsettelse av betalingen*"). Advokatforeningen er ikke kjent med eksempler på klager eller ilagt overtredelsesgebyr har vært brakt inn for domstolene på annet grunnlag enn at foretakene har vært genuint og grunnleggende uenig i Konkurransetilsynets vurderinger og illeggelse av gebyr.

I nevnte Prop. 62 L (2015-2016) *Endringer i forvaltningsloven mv. (administrative sanksjoner) mv.* punkt 13.6 ble det videre vist til at *"for innkreving som skjer med hjemmel i SI-loven, følger hjemmel for å kreve forsinkelsesrenter av lovens § 7, samtidig som det i den tilhørende forskriften er gjort unntak fra renteplikten nettopp for ulike former for overtredelsesgebyrer."* Her er det blant annet gjort unntak bot ilagt i en offentlig straffesak, jf. den aktuelle forskriften § 3.

Advokatforeningen kan ikke se at det i høringsnotatet er redegjort for hvorfor overtredelsesgebyr i konkurranserettssaker skiller seg fra bøtestraff og skulle ha renteregler som avviker fra det som gjelder bøter etter straffesystemet.

Advokatforeningen bemerker for så vidt at en eventuell innføring av rentehjemmel og krav om renter vil innebære tilbakebetaling med tilsvarende renter til foretaket dersom foretaket får medhold i klagen eller søksmålet fører frem.

Departementet har videre særskilt bedt om høringsinstansene syn på om det også bør innføres regler om at Konkurransetilsynet kan ettergi hele eller deler av rentekravet for perioden fra to måneder etter mottak av vedtak og frem til vedtaket er rettskraftig dersom det tar mer enn tre år før saken er ferdigbehandlet for domstolene eller i Konkurranseskjennemnda og dette ikke skyldes forhold foretaket har kontroll over.

Advokatforeningen bemerker at foretakene som klar hovedregel ønsker saker om overtredelsesgebyr behandlet så raskt det forsvarlig lar seg gjøre. Dette er som regel komplekse saker med betydelig dokumenttilfang som Konkurransetilsynet selv har brukt år på å etterforske. Det er ikke redegjort nærmere for hvilke forhold foretaket skal anses å *ha kontroll* over og antas uansett å kunne være problematisk i saker hvor det kan oppstå prosessrelaterte tvister underveis, eksempelvis knyttet til innsyn.

4.5 Utlevering av kopi av beslaglagt elektronisk materiale (høringsnotatet kapittel 10)

Departementet foreslår å fjerne Konkurransetilsynets plikt til å utlevere en kopi av det beslaglagte materialet til den kontrollerte. Dette er angitt å være begrunnet i risiko for utlevering av personlig, taushetsbelagt informasjon, og synes å være foreslått på bakgrunn av en vurdering om at utlevering av kopi av materialet ikke er en forutsetning for å identifisere og fjerne beslagsfritt materiale fra elektroniske beslag ved en bevissikring. Fra departementets side er det også vist til at hensikten med utlevering av kopi ikke er å åpne for innsyn som grunnlag for kontradiksjon, og at angitt at kontradiksjonsretten *"ivaretas i en senere fase av prosessen (...)"*.

Advokatforeningen bemerker at det i praksis ikke er slik at utlevering av kopi av det beslaglagte materialet i mange sammenhenger ikke er en forutsetning for å identifisere og fjerne beslagsfritt materiale, slik departementet har lagt til grunn. Erfaringen er snarere i forbindelse med åpning av beslag at Konkurransetilsynet ikke har fjernet alt beslagsfritt materialet. Det beslagsfrie materialet hadde derfor i mindre grad blitt identifisert dersom foretaket ikke hadde mottatt kopi av det beslaglagte elektroniske materialet.

Det er etter Advokatforeningens syn ikke noe begrunnet behov for å endre bestemmelsen. Foretaket må uansett selv vurdere personvernreglene og følge prosedyrene for dette, uavhengig av om personlig taushetsbelagt informasjon er på den enkelte ansattes e-post, lagret på foretakets server, skyløsninger eller den enkeltes mobiltelefon som benyttes i jobbsammenheng.

Advokatforeningen er i alle tilfeller usikker på hvor praktisk forslaget er; som regel er det foretaket selv som henter ut det elektroniske materialet definert av Konkurransetilsynet og det tas da som regel ut to kopier, slik at foretaket har det samme materialet som tilsynet har beslaglagt. Tilsynets plikt til å utlevere kopi til foretaket kan imidlertid være en sikkerhetsventil for små virksomheter og/eller i de særskilte tilfeller hvor tilsynet selv henter ut materialet.

Advokatforeningen kan dermed ikke se at det er grunnlag for å endre dagens ordning og mener at dagens utleveringsplikt bør bestå.

4.6 Hjemmel for unntak fra offentleglova i overtredelsessaker (høringsnotatet kapittel 11)

Departementet vurderer at det er behov for unntak fra offentleglova, det vil si en utvidelse av unntaket i konkurranseloven § 26 første ledd til å omfatte andre saker, hvor hensynet til etterforskning vurderes å veie tyngre enn behovet for innsyn/andre typer overtredelser av konkurranseloven. Det er bedt om høringsinstansenes syn på om konkurranseloven § 26 første ledd første punktum bør endres slik at den også omfatter saker om overtredelse av konkurranseloven § 29 første ledd bokstav c og d.

Advokatforeningen bemerker at høringsnotatet ikke gir noen indikasjon på hvilken betydning en slik endring vil ha, det vil si i hvor mange tilfeller dette vil være praktisk. Etter det foreningen er kjent med dreier det seg om svært få saker. Tilfellene omfattet av § 29 første ledd c og d er for så vidt også av en noe annen karakter enn de etterforskningssaker der det i dag gjelder unntak fra offentleglova inntil saken er avsluttet. Advokatforeningen har ellers ingen særskilte merknader til forslaget.

Vennlig hilsen



Jon Wessel-Aas
leder



Merete Smith
generalsekretær

Saksbehandler: Hedda Emilie Berntsen
heb@advokatforeningen.no