



## OSLO TINGRETT

### KJENNELSE

**Avsagt:** Oslo, 19. januar 2004  
**Saksnr.:** 03-015676ENE-OTIR/03  
**Dommere:** Tingrettsdommer Kim Heger

---

**Norsk Medisinaldepot AS**  
Postboks 183 Kaldbakken  
0903 Oslo

**Advokatfirmaet Kvale & Co. ANS**  
v/advokat Henrik Svane  
Postboks 1752 Vika  
0122 Oslo

mot

**Staten v/Konkurransetilsynet**  
Postboks 8132 Dep  
0033 Oslo

**Regjeringsadvokaten**  
v/advokat Fredrik Sejersted  
Postboks 8012 Dep  
0030 Oslo

---

Saken gjelder spørsmålet om opprettholdelse av databeslag etter foretatt bevissikring etter konkurranseloven, jfr. konkurranseloven § 6-2 annet ledd siste punktum jfr. straffeprosessloven § 208.

#### Sakens bakgrunn

Ved begjæring av 29. oktober 2003 til Oslo tingrett ba konkurransetilsynet om at retten i medhold av konkurranseloven § 6-2 annet ledd jfr. § 6-2 første ledd traff beslutning om bevissikring hos Norsk Medisinaldepot ASA. (Norsk Medisinaldepot ASA har senere skiftet navn til Norsk Medisinaldepot AS, heretter "NMD"). Oslo tingrett avsa den 30. oktober 2003 beslutning om bevissikring med slik slutning:

*Konkurransetilsynet kan kreve adgang til Norsk Medisinaldepot ASA' lokaler samt lokalene til selskapets eierselskaper og øvrige selskaper i samme konsern, herunder adgang til alle forretningslokaler, rom og oppbevaringssteder som de nevnte rettssubjekter disponerer, for å søke etter, og ta med seg, bevis av betydning for mistanke om overtredelse av konkurranselovens § 3-1, 1. ledd.*

*Tillatelsen gjelder i 7 virkedager fra den dag bevissøket iverksettes.*

I premissene for rettens beslutning heter det bl.a.:

*Grunnlaget for begjæringen er at Konkurransetilsynet mener det er rimelig grunn til å anta at selskapet har gjennomført og fremdeles opprettholder konkurransereguleringer i strid med konkurranselovens §§ 3-1, 1. ledd. Det er i begjæringen gjort nærmere rede for grunnlaget.*

*Konkurransetilsynet ønsker gjennom en bevissikring å søke etter bevis som kan tas med for granskning for å bekrefte eller avkrefte mistanke om lovovertrødelse.*

*Retten har vurdert begjæringen utfra de opplysninger og den begrunnelse som er nevnt i begjæringen. Retten har kommet til at vilkårene etter konkurranselovens § 6-2 er til stede, nemlig at det er rimelig grunn til å anta at konkurranseloven er overtrådt.*

*Retten finner at Konkurransetilsynets begjæring bør tas til følge. Bevissikringen vil ikke innebære et uforholdsmessig inngrep. Det forutsettes at beslutningen iverksettes og gjennomføres på en skånsom måte. Retten fastsetter en tidsramme på 7 virkedager fra bevissikringen iverksettes.*

I overensstemmelse med konkurranseloven § 6-2 annet ledd fjerde punktum var beslutningen avsagt uten at NMD hadde fått anledning til å gjøre seg kjent med begjæringen og å uttale seg til denne. NMD er heller ikke senere gjort kjent med innholdet i Konkurransetilsynets begjæring. Beslutningen ble ikke påkjært av noen av partene og er således rettskraftig.

Etter det som er opplyst av partene i herværende sak var Konkurransetilsynets begjæring av 29. oktober 2003 også rettet mot foretakene Holtung AS, Apotekjeden AS, Alliance Unichem Norge AS og Norges Apotekforening. Også mot disse foretakene avsa Oslo tingrett beslutning om bevissikring. Heller ikke disse beslutningene ble påkjært, og bevissikringen er gjennomført. Disse foretak har ikke brakt spørsmålet om lovligheten av bevissikringen og opprørtholdelse av beslag inn for retten.

Oslo tingretts beslutning om bevissikring mot NMD har saksnummer 03-013532 ENE-OTIR/02, mens herværende sak har saksnummer 03-015676ENE-OTIR/03. De to sakene er behandlet av forskjellige dommer, og retten i herværende sak er ikke kjent med Konkurransetilsynets begjæring om bevissikring.

Bevissikringen mot NMD ble gjennomført 4. november 2003 fra ca. kl. 09:00 og ut arbeidsdagen. Fra konkurransetilsynet deltok en rekke kontrollører i tillegg til – i den innledende fasen - bistand av politiet. Under bevissikringen ble det satt opp "dokumentliste" over det materialet som ble gjennomgått og eventuelt tatt med til tilsynet. Av disse fremgår det at det ble foretatt

- *Dokumentbeslag* (papirbeslag) på kontorene til direktør Jan T. Føsum, innkjøpsdirektør Frode Hammer, markedsdirektør Hanne Andresen, direktør Bjørn Akselsen, økonomisjef Gerard Grassel og direktør Arne Øverby.
- *CD- og diskettbeslag* på kontorene til direktør Jan T. Føsum og innkjøpsdirektør Frode Hammer.
- *Beslag av NOKIA 9210* fra direktør Jan T. Føsum
- *Beslag av Palm* fra innkjøpsdirektør Frode Hammer og direktør Arne Øverby
- *Filkopiering av konsernets server* vedrørende direktør Arne Øverby, direktør Jan T. Føsum, innkjøpsdirektør Frode Hammer og økonomisjef Gerard Grassel.
- *Speilkopiering av PC-server* til direktør Jan T. Føsum og innkjøpsdirektør Frode Hammer.

Den såkalte fil- og speilkopieringen av konsernets elektronisk lagrede data, samt CD- og diskettbeslaget, kalles heretter for "*databeslag*". Herværende sak dreier seg kun om databeslaget; dokumentbeslaget (papirdokumenter) og Konkurransetilsynets behandling

av dette er ikke bestridt og partene er enige om at dette ikke er tema i saken. Beslaget av mobiltelefon og Palm ble levert tilbake samme dag.

Partene er noe i tvil om hvor stort det samlede databeslag er. NMD har i retten fremlagt et hjelpedokument som viser at *filkopieringen* omfatter bl.a. 30 528 e-post og utgjør til sammen ca. 1,8 GB - noe som tilsvarer ca. 45 000 A4-sider. Spesialingeniør i Politiets Datakriminalitet, Thomas Dahl, har som vitne i retten forklart at *speilkopieringen* utgjør ca. 60 GB. I tillegg kommer innholdet av CD- og diskettbeslaget. Partene er enige om at databeslaget – dersom det ble omgjort til (skrevet ut på) papir – i verste fall vil utgjøre flere millioner A4-sider.

*Databeslaget* er lagret på flere løse harddisker tilhørende Konkurransetilsynet. I et dokument kalt "*Tillegg til beslagsprotokoll av 4.11.03*", undertegnet av begge parter under bevissikringen, fremgår at partene har avtalt å "*forsegle/plombere*" databeslaget og oppbevare det hos Konkurransetilsynet

*... i påvente av (1) tingrettens vurdering av beslaget eller (2) at representant for KT og NMD i fellesskap bryter beslaget og gjennomgår dokumentasjonen.*

Bakgrunnen for ovennevnte avtale er at NMD mener *databeslaget* inneholder store mengder urelevant overskuddsinformasjon og beslagsfrie dokumenter, bl.a. advokatkorrespondanse som faller inn under straffeprosessloven § 204 jfr. konkurranseloven § 6-2 annet ledd siste punktum. Konkurransetilsynet, som ikke har gjennomgått databeslaget, kan verken bekrefte eller avkrefte at dette inneholder beslagsfrie dokumenter, men bestrider ikke NMDs fremstilling.

Partene er ikke kommet til enighet vedrørende håndteringen av *databeslaget*. I begjæring til Oslo tingrett av 6. november 2003 fra advokat Espen R. Hamar på vegne av NMD, påstås at databeslaget er ulovlig og at det skal tilbakeleveres. Subsidiært kreves at gjennomgangen av databeslaget skal skje på en av retten nærmere fastsatt fremgangsmåte. Konkurransetilsynet tok til motmæle ved regjeringsadvokatens tilsvar av 1. desember 2003, hvor det der anføres at databeslaget er lovlig og skal opprettholdes. I tillegg anføres at databeslaget kan og bør gjennomgås av – og hos – Konkurransetilsynet.

Begjæringen fra NMD er innsendt til Oslo tingrett i medhold av konkurranseloven § 6-2 annet ledd siste punktum jfr. straffeprosessloven § 208. Begge parter ba om at begjæringen ble behandlet ved muntlig forhandling i rettsmøte. Muntlig forhandling ble holdt i rettens lokale den 11. desember 2003 fra kl. 09:00 til kl. 17:15. Fra NMD møtte, i tillegg til deres advokat Henrik Svane, konsernsjef i NMD Arne Øverby. Han avga forklaring. Fra Konkurransetilsynet møtte, i tillegg til deres advokat Fredrik Sejersted, avdelingsdirektør Cecilie Wetlesen Borge. Hun avga forklaring. Spesialingeniør i Politiets Datakrimsenter, Thomas Dahl, avga vitneforklaring, og det ble foretatt slik dokumentasjon som fremgår av rettsboken.

#### **Partenes anførsler**

Advokat Henrik Svane har på vegne av NMD i det vesentlige anført:

Begjæringen om opphevelse av beslaget gjelder kun databeslaget. Dette er å anse som et såkalt "generalbeslag", dvs. "et en-blokk beslag av elektronisk lagret informasjon". Selv om det bare er tatt fil- og speilkopier av deler av serverne, er databeslaget så omfattende at det må anses som et ulovlig generalbeslag. Under henvisning til Ryssdal, Jussens Venner 2003 side 169 flg., anføres at konkurranseloven § 6-2 ikke gir hjemmel til slikt generalbeslag. Heller ikke konkurranselovens forarbeider eller andre rettskilder gir støtte for et så omfattende beslag, jfr. Oslo forhørsretts kjennelse av 28. mars 2003 med henvisninger. Forarbeidene til forslaget til ny konkurranselov (NOU 2003:12 og Ot. prp. nr. 6 (2003-04)) er ikke relevant i herværende sak. Bevisbegrepet i § 6-2 gir ikke Konkurransetilsynet hjemmel for å beslaglegge data som går ut over gjenstanden for bevissikringen ("scop of the search") og som ikke har relevans for etterforskningen. Uansett er et så omfattende beslag et uforholdsmessig inngrep. Det er rettens beslutning om bevissikring som danner rammen for hva Konkurransetilsynet kan beslaglegge ved bevissikringen, og tingrettens beslutning av 30. oktober 2003 er for vag og generell til å gi kompetanse til generalbeslag eller et så stort databeslag som her. Beslaget må etter dette oppheves.

Uansett – selv om retten ikke opphever databeslaget – er det på det rene at databeslaget inneholder store mengder beslagsfri overskuddsinformasjon og advokatkorrespondanse, jfr. straffeprosessloven § 204 jfr. konkurranseloven § 6-2 annet ledd siste punktum. Straffeprosessloven § 205 tredje ledd siste punktum må komme til anvendelse, jfr. Rt-

1986-1149. Konkurransetilsynet kan ikke ta med seg databeslaget og gjennomgå dette hos seg. Etter analogi med straffeprosessloven § 105 siste ledd, må følgende fremgangsmåte følges:

- i) Forseglingen av kopiert elektronisk materiale må brytes av partene i fellesskap.
- ii) NMD utpeker filene som er, eller hevdes å være, undergitt beslagsforbud.
- iii) De aktuelle filene skrives ut av NMD og overleveres Konkurransetilsynet i forseglet konvolutt.
- iv) Den forseglede konvolutt overleveres til Konkurransetilsynet for oversendelse til Oslo tingrett for avgjørelse av beslagsspørsmålet.
- v) Den resterende dokumentasjon som er kopiert elektronisk materiale gjennomgås av Konkurransetilsynet i NMDs lokaler, det tas utskrift av dokumenter som er aktuell for beslag og det føres protokoll over disse.

Når retten har kompetanse til å oppheve beslaget, må den også kunne gjøre det mindre, nemlig å oppstille en prosedyre for behandling av beslaglagt materiale.

På vegne av NMD nedla advokat Henrik Svane slik påstand:

Prinsipalt:

- 1 Bevissikringen i form av beslaglagt elektronisk materiell er ulovlig.
- 2 Dataene skal straks tilbakeleveres til Norsk Medisinaldepot AS i forseglet stand

Subsidiært:

- 1 Konkurransetilsynet har ikke rett til å gjennomgå beslaglagt og forseglet data før Oslo tingrett har avgjort beslagsspørsmålet
- 2 Gjennomføringen av bevissikringen skal skje iht. punkt i) - v) ovenfor.

I begge tilfelle:

Norsk Medisinaldepot AS tilkjennes sakens omkostninger.

Regjeringsadvokaten v/advokat Fredrik Sejersted har på vegne av Staten v/Konkurransetilsynet i det vesentlige anført:

Saken er prinsipiell og viktig, og begge parter har behov for en rettslig avklaring av de spørsmål saken reiser. Det må skilles mellom bevissikring og beslag, og det er tvilsomt om

det er foretatt noe beslag så lenge det elektroniske materiale er plombert og ikke gjennomgått av Konkurransetilsynet. Uansett gir konkurranseloven § 6-1, § 6-2, forskriftene (FOR-1995-05-31-511) og det øvrige rettskildebilde hjemmel for fil- og speilkopiering av elektronisk lagret materiale, samt hjemmel til at Konkurransetilsynet kan ta med seg materialet for gjennomgang hos dem. Dette må særlig gjelde her hvor det ikke er tatt noe generalbeslag, men bare fil- og speilkopi av utvalgte PCer og deler av konsernets server. Slik kopiering og medbringning er ikke noe uforholdsmessig inngrep, og er den åpenbare mest praktiske måte å gjennomføre bevissikring. Forarbeidene til forslaget til ny konkurranselov (NOU 2003:12 og Ot. prp. nr. 6 (2003-04)) forutsetter at gjeldende rett gir hjemmel for fil- og speilkopiering. Oslo forhørsretts kjennelse av 28. mars 2000, konklusjonen i Ryssdal, Jussens Venner 2003 side 169 flg. på side 193 og synspunkter i Vestekjær, Tidsskrift for forretningsjus 4/2000, er neppe i overensstemmelse med gjeldende rett.

Det bestrides ikke at databeslaget nok inneholder beslagsfri advokatkorrespondanse, at straffeprosessloven § 205 tredje ledd kommer til anvendelse og at Konkurransetilsynet ikke kan ta "endelig" beslag i disse dokumentene. Det erkjennes videre at rettskildebildet kan synes noe ufullstendig og uklart vedrørende spørsmålet om riktig håndtering og gjennomgang av fil- og speilkopiering. Det er riktig at det må foretas en endelig utsiling av databeslaget, hvor overskuddsinformasjon og advokatkorrespondanse blir luket ut, men hvorledes og hvor dette praktisk skal gjennomføres kan retten ikke ta stilling til i slutningen. Denne saken viser at spørsmålet om hvorledes og hvor gjennomgangen av fil- og speilkopier kan foregå, bør nærmere reguleres i lov og/eller forskrift til konkurranseloven. Det er imidlertid riktig å forstå gjeldende rett dit hen at Konkurransetilsynet på sitt kontor kan gjennomgå materialet og der luke bort beslagsfrie dokumenter, jfr. bl.a. forskriftene (FOR-1995-05-31-511) § 5 siste ledd, Rt-1995-1831 og LB-2000-00172. Alternativet er at retten må gjennomgå databeslaget (kanskje så stort som 60 GB), jfr. straffeprosessloven § 205 siste ledd, noe som åpenbart er upraktisk for alle parter.

På vegne av staten v/Konkurransetilsynet nedla advokat Fredrik Sejersted slik påstand:

- 1 Beslaget opprettholdes.

- 2 Staten v/Konkurransetilsynet tilkjennes sakens omkostninger, med tillegg av lovbestemt rente fra forfall til betaling skjer.

### Retten's bemerkninger

Det spørsmål retten skal avgjøre er hvorvidt Konkurransetilsynet ved bevissikring etter konkurranseloven § 6-2 har anledning til å foreta og opprettholde fil- og speilkopiering av alt eller deler av konsernets elektronisk lagrede data (databeslag) (3.2). Begge parter har imidlertid lagt saken bredt opp og bedt om at retten tar stilling til flere spørsmål, herunder valg av riktig prosessform (1), spørsmålet om det overhodet er foretatt noe databeslag (2) samt spørsmålet om hvor, hvordan og av hvem databeslaget kan gjennomgås (3.3.). Det siste spørsmålet kommer på spissen da beslaget inneholder beslagsfri advokatkorrespondanse

#### 1. *Prosessform*

Da begge parter før og under rettsmøtet har reist spørsmål om hvilken prosessform som gjelder ved retten's behandling av NMDs begjæring, finner retten innledningsvis grunn til kort å si noe om dette.

Det må skilles mellom Konkurransetilsynets begjæring av 29. oktober 2003 om bevissikring ("bevissikringsbegjæringen") og NMDs begjæring av 6. november 2003 om opphevelse av beslag ("opphevelsesbegjæringen"). Retten's behandling av førstnevnte begjæring – bevissikringsbegjæringen – må gå etter straffeprosesslovens regler, jfr. konkurranseloven § 6-2 annet ledd siste punktum jfr. straffeprosessloven kap. 26. Uklarhet rundt dette spørsmålet kan skyldes uttalelser i NOU 1991:27 side 203, hvor det foreslås at bevissikringsbegjæring behandles etter "den sivile rute". I Ot. prp. nr. 41 (1992-93) side 73 ble riktignok behandlingen av bevissikringsbegjæringen lagt til "forhørsretten", men samtidig ble understreket at bevissikring skal være en sivil ordning. I Rogne, Forklaringsplikt i konkurransesaker. Senter for Europarett UiO, 2000, side 64, heter det om dette:

*"Bevissikring etter § 6-2 må nærmest regnes som en hybrid mellom sivil og straffeprosessuelt virkemiddel. Det er forutsatt at bevissikring skal være en sivil ordning. (...)"*

Også forarbeidene til forslag til ny konkurranselov skaper uklarhet om valg av prosessform ved behandling av bevissikringsbegjæringer. I NOU 2003:12 heter det på side 241 at



*"tingrettens kjennelse kan påkjæres etter de alminnelige regler i tvistemålsloven", mens det lenger ned i samme spalte heter at "straffeprosessloven kapittel 26 gjelder tilsvarende ved kjæremål over tingrettens beslutning". I Ot. prp nr. 6 (2003-2004) heter det på side 238 at "tingrettens kjennelse kan påkjæres etter de alminnelige regler i tvistemålsloven", mens det i forslaget til ny § 25 heter at "straffeprosessloven kapittel 26 samt forvaltningsloven § 15 annet ledd gjelder så langt de passer".*

Til tross for den klarhet som er skapt i forarbeidene og forslag til ny konkurranselov, finner retten det klart at behandling av bevissikringsbegjæringen skjer i straffeprosessens form. Bevissikring etter konkurranseloven ligger nær opp til straffeprosessens alminnelige regler om ransaking og beslag, jfr. også Borgarting lagmannsretts kjennelse av 24. februar 2000 (LB-2000-00172) hvor det heter at *"Kjæremål over beslutning om bevissikring etter konkurranseloven følger straffeprosessen former"*. Det samme må gjelde for rettens behandling av begjæringen om opphevelse av eventuelle beslag bevissikringen har ført med seg (opphevelsesbegjæringen), jfr. forskriftene (FOR-1995-05-31-511) § 8 annet ledd hvor det heter:

*Spørsmålet om bevissikring skal opprettholdes kan på ethvert tidspunkt prøves av forhørsretten av enhver avgjørelsen rammer(...)."*

## 2. Bevissikring og beslag

Konkurransetilsynet har anført at det må skilles mellom bevissikring og beslag, og at det i herværende sak ennå ikke er foretatt noe beslag i elektronisk lagret materiale. Som nevnt er fil- og speilkopiene lagret hos Konkurransetilsynet på plomberte harddisker, og det anføres at "endelig" databeslag først finner sted når plomberingen brytes og materialet gjennomgås. Etter det retten forstår mener Konkurransetilsynet at så lenge det ikke er foretatt noe "endelig" databeslag, men kun bevissikring, kan ikke straffeprosessloven § 208 jfr. konkurranseloven § 6-2 komme til anvendelse; - all den stund det ikke foreligger noe beslag, skulle retten heller ikke ha kompetanse til å oppheve noe beslag.

Konkurranseloven § 6-2 benytter ikke begrepet "beslag", men kun "bevissikring", og det følger av paragrafen at begrepet "bevissikring" dekker både det å "søke etter bevis" og det å "ta med" bevis. Endelig heter det i paragrafen at bevis som er tatt med kan vær gjenstand for "granskning". Likeledes heter det i forskriftene § 6 at *"Dokumenter eller annet som blir tatt med... skal oppteignes nøyaktig og merkes..., jfr. straffeprosessloven § 207"*. I

straffeprosesslovens terminologi kan altså Konkurransetilsynet foreta ransaking, beslag og gransking med hjemmel i § 6-2. Beslag og gransking vil ofte være et resultat av ransaking idet man under ransakingen finner ting man tar beslag i, for så å granske det beslaglagte. Dette trenger imidlertid ikke å være tilfelle, for eksempel kan Konkurransetilsynet på stedet granske en av foretakets PC'er uten å beslaglegge verken PC'en, fil- eller speilkopi. Etter dette må det være klart at så lenge Konkurransetilsynet har tatt med seg dokumenter, datamateriale eller annet, er dette å betrakte som beslag, selv om det beslaglagte materialet ennå ikke er gjennomgått (gransket) av Konkurransetilsynet. Det er ikke grunnlag - verken i loven, forarbeider eller forskriftene - for å hevde at beslag først er foretatt når det medbrakte er gjennomgått (gransket). Dette må gjelde også der Konkurransetilsynet kun tar med seg (tar beslag i) papirkopier eller en speilkopi av foretakets server, jfr. Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) side 152, hvor det heter:

*I praksis har det oppstått spørsmål rundt Konkurransetilsynets adgang til å foreta beslag i kopier av bedriftens elektronisk lagrede informasjon.... (understreket her)*

Ovennevnte sier noe om når det er foretatt et databeslag, men sier ikke noe om Konkurransetilsynets kompetanse til å foreta et slikt beslag. Det spørsmålet drøftes nedenfor under punkt 3.

3. *Har Konkurransetilsynet anledning til å foreta fil- og speilkopiering av alt eller deler av NMDs elektronisk lagrede data*

3.1

Ved speilkopiering får man en nøyaktig og fullstendig kopi av foretakets server. I stede for å ta med seg selve serveren, får Konkurransetilsynet ved en speilkopi med seg en 'kloning' av serveren, og med den rette ekspertise og det rette utstyret kan også skjult og slettet materiale fremkalles gjennom en speilkopiering. Ved filkopiering tas kun kopi av de datafiler man ønsker kopi av. Slettede filer kommer ikke med ved en filkopiering.

I herværende sak er det ikke foretatt en fullstendig fil- eller speilkopiering av hele konsernets server, men det er tatt speilkopiering av PC-server til direktør Jan T. Føsum og innkjøpsdirektør Frode Hammer, og filkopiering av konsernets server vedrørende direktør Arne Øverby, direktør Jan T. Føsum, innkjøpsdirektør Frode Hammer og økonomisjef Gerard Grassel. Det er ikke bestridt at den foretatte fil- og speilkopieringen innebærer et

enormt beslag (i verste fall ca. 60 GB), tilsvarende flere millioner A 4-sider. En del av dette er imidlertid programvare, og det er heller ikke sikkert at lagringskapasiteten på 60 GB er fylt opp. Som nevnt ovenfor er det imidlertid på det rene at beslaget minst inneholder 30 528 e-post og utgjør til sammen ca. 1,8 GB - noe som tilsvarer ca. 45 000 A4-sider.

Konkurransetilsynet har i retten erkjent at den foretatt fil- og speilkopiering nødvendigvis vil inneholde svært store mengder dokumenter som ikke er relevant for saken, i tillegg til beslagsfri advokatkorrespondanse. Retten drøfter først om det er anledning til å ta beslag gjennom fil- og speilkopiering av store mengder dokumenter som ikke kommer saken ved (3.2). Spørsmålet om beslagsfri advokatkorrespondanse drøftes i 3.3.

### 3.2 Beslag i dokumenter som ikke kommer saken ved

#### 3.2.1

Konkurransetilsynet kan etter konkurranseloven § 6-2 foreta bevissikring (ransaking og beslag) for å søke etter "bevis". I forarbeidene til loven, Ot. prp. nr. 41 (1992-93) side 73, heter det at formålet med bevissikring er bl.a. "å sikre bevis for at straffbare handlinger er begått", mens det i NOU 1991:27 heter på side 256:

*Det er et selvstendig hensyn at tilsynets tjenestemenn deltar ved iverksettelsen, for å sørge for at nødvendige bevis sikres, men også for å sørge for at beslaget avpasses etter formålet. Det er av betydning å hindre at adressatens dokumenter beslaglegges i større utstrekning enn det er behov for.*

Etter dette kan det ikke tillates søk (ransaking) etter annet enn det som kan tjene som bevis. Ei heller kan det da, som utgangspunkt, tas beslag i annet enn det som kan tjene som bevis, jfr. NOU 2003:12 Ny Konkurranselov, side 200:

*Utgangspunktet er at det bare kan tas beslag i dokumenter som er av relevans for saken.*

#### 3.2.2

Hva som er relevante bevis for saken, må avgjøres ut fra hva mistanken gjelder. Som nevnt ovenfor må det skilles mellom bevissikringsbegjæringen og opphevelsesbegjæringen, og såfremt ikke samme dommer behandler begge begjæringene - eller Konkurransetilsynet fremlegger eller redegjør nærmere for bevissikringsbegjæringen under behandlingen av opphevelsesbegjæringen - vil retten ved behandling av opphevelsesbegjæringen ikke være kjent med hva Konkurransetilsynet har anført i den opprinnelige bevissikringsbegjæringen

med hensyn til hva mistanken gjelder. I herværende sak er denne rett ikke kjent med Konkurransetilsynets bevissikringsbegjæring av 29. oktober 2003, og – som det fremgår innledningsvis – er rettens beslutning av 30. oktober 2003 knapp på dette punktet. Imidlertid har Konkurransetilsynet i retten erkjent at mistanken om overtredelse av konkurranseloven § 3-1 første ledd nærmere gjelder påvirkning av indeksprisen for blåreseptbelagte legemidler, jfr. e-post av 17. november 2003 fra Konkurransetilsynet til advokat Henrik Svane:

*Konkurransetilsynet har i dag bekreftet overfor pressen at tilsynets bevissikring 4. og 5. november knytter seg til samme faktiske sakskompleks som Statens legemiddelverk i dag har anmeldt grossistene for, nemlig påvirkning av indeksprisen for blåreseptbelagte legemidler.*

Partene har i retten redegjort for det såkalte indeksprissystemet for enkelte legemidler og fremlagt kopi av legemiddelverkets redegjørelse, hvor det heter bl.a.:

*Stortinget har vedtatt innføring av et nytt prissystem for et utvalg byttbare legemidler. Ordningen kalles indeksprissystemet, og trer i kraft 3. mars 2003.*

*Hensikten med ordningen er å fremme mer rasjonell bruk av ressursene på legemiddelområdet gjennom økt bruk av rimeligste alternativ blant like legemidler. Systemet skal stimulere til økt konkurranse mellom generiske legemidler, og derigjennom gi innsparinger for samfunnet. Konkurransen stimuleres ved at apotekene gis en økonomisk fordel ved å utlevere billigste byttbare legemiddel.*

*Innenfor hvert virkestoff som omfattes av systemet har Legemiddelverket etablert grupper med byttbare legemidler og fastsatt en indekspris for hver av dem. Rikstrykdeverket refunderer indeksprisen uavhengig av hvilket produkt i byttegruppen apoteket leverer ut. Apoteket vil derfor ha økonomisk gevinst ved å bytte det forskrevne preparat mot et rimeligere alternativ. Indeksprisene vil bli revurdert hver tredje måned basert på forutgående priser og salg.*

*Følgende virkestoff inngår i ordningen:*

| <i>ATC-kode</i> | <i>Virkestoff</i> | <i>Originalpreparat</i>     |
|-----------------|-------------------|-----------------------------|
| <i>N06AB04</i>  | <i>Citalopram</i> | <i>Cipramil</i>             |
| <i>A02BC01</i>  | <i>Omeprazol</i>  | <i>Losec, Losec MUPS</i>    |
| <i>R06AE07</i>  | <i>Cetirizin</i>  | <i>Zyrtec</i>               |
| <i>R06AX13</i>  | <i>Loratadin</i>  | <i>Clarityn, Clarityn-S</i> |
| <i>C09AA02</i>  | <i>Enalapril</i>  | <i>Renitec</i>              |
| <i>C09AA03</i>  | <i>Lisinopril</i> | <i>Zestril, Vivatec</i>     |

Partene er enige om at det bare er en liten del av NMDs omsetning som kan relateres til ovennevnte ordning.

På bakgrunn av ovennevnte er det således på det rene at Konkurransetilsynets mistanke om NMDs overtredelse av konkurranse-loven § 3-1 er knyttet til et konkret, begrenset og klart definert område (indeksprissystemet), og under henvisning til ovennevnte rettskilder må da bevissikringen begrenses til dette. Da det foretatte databeslaget her er på 60 GB, er det åpenbart at det aller meste av beslaget gjelder forhold som ikke er knyttet til det som mistanken gjelder og således i utgangspunktet er ulovlig, jfr. også Rt-1981-1199 og Rt-1996-1558.

### 3.2.3

Imidlertid heter det i Rt-1986-1149 vedrørende beslag etter straffeprosessloven § 203:

*Hvis det er grunn til å anta at det i en større dokumentsamling som finnes på ransakingsstedet, er dokumenter som er av betydning som bevis, men det er vanskelig å finne frem til disse dokumenter på stedet, må av praktiske grunner de deler av samlingen som er aktuelle, kunne beslaglegges for nærmere undersøkelse. Men det vil ikke være hjemmel for å ta med deler av samlingen som etter den undersøkelse som praktisk kan gjøres på stedet, ikke er av betydning som bevis (understreket her).*

Med støtte i bl.a. ovennevnte høyesterettskjennelse heter det i NOU 2003:12 Ny konkurranselov, punkt 8.8.5.3:

*Straffeprosessloven § 203 er ikke gitt tilsvarende anvendelse i konkurransesaker etter konkurranse-loven § 6-2 annet ledd. Det må imidlertid legges til grunn at § 6-2 første ledd annet punktum har samme rekkevidde. Verken ordlyd, forarbeider eller bestemmelsens formål tilsier at § 6-2 skal tolkes snevrere enn straffeprosessloven § 203. Utvalget legger til grunn at den samme forståelsen også må gjelde i forhold til lovforslagets § 6-1.*

*Adgangen til å beslaglegge for eksempel et bånd med sikkerhetskopi må være den samme som der dokumentene er nedskrevet og oppbevart på papir. I tilfellene med informasjon lagret på en bedrifts servere og på personlige datamaskiner, vil det være tilnærmet praktisk umulig for Konkurransetilsynet å foreta en gjennomgang av materialet på kontrollstedet fordi mengden er alt for stor. Hensynet til å bevare denne informasjonens bevisverdi taler også for at det er adgang til å beslaglegge elektronisk lagret informasjon i form av bånd med sikkerhetskopi eller speilkopier (understreket her).*

Likeledes heter det i Ot.prp.nr. 6 (2003-2004):

*De såkalte uspesifiserte generalbeslag, typisk en speilkopi av et foretaks elektroniske lagringsfiler, reiser to sentrale spørsmål. Det første spørsmålet er om det overhodet er adgang til å gjøre slike beslag. Departementet slutter seg her til utvalgets konklusjon om at konkurranse-loven § 6-2 ikke kan tolkes snevrere enn den tilsvarende bestemmelsen i straffeprosessloven § 203. Det innebærer etter departementets syn at dersom tilsynet etter undersøkelser som praktisk kan gjøres på stedet avklarer at ett eller flere dokumenter ikke er av betydning som bevis, kan*

*dokumentene ikke beslaglegges for nærmere undersøkelse. Motsatt må tilsynet kunne ta med seg materiale hvor det kan finnes overskuddsinformasjon, men hvor dette ikke på en praktisk måte lar seg identifisere. Det siste vil normalt være tilfelle der hvor tilsynet speilkopierer et foretaks elektroniske lagringsfiler. (understreket her).*

Det er rimelig å oppfatte ovennevnte uttalelser i forslaget til ny konkurranselov som uttrykk for gjeldende rett. Konkurransetilsynet har i retten med styrke understreket det praktiske ved speilkopiering. Imidlertid kan henvisningen til hva som måtte være "praktisk" ikke strekkes lenger enn hva det er grunnlag for: "En praktisk måte" eller "praktiske grunner" kan i seg selv ikke gi kompetanse til beslag eller andre tvangsmidler, ei heller beslag i større utstrekning enn det er behov for, jfr. ovenfor i pkt. 3.2.1. Henvisningen til "praktiske grunner" i Rt-1986-1149 gjelder kun "de deler av samlingen som er aktuelle"; beslag ut over dette er ikke lov – uansett hvor praktisk slikt utvidet beslag måtte vær.

#### 3.2.4

Den datatekniske utvikling har ført til at det i dag med letthet kan foretas databeslag inneholdende enorme mengder dokumenter. Vanskeligheten ligger ikke i å foreta store beslag, men å bearbeide dette, jfr. NOU 2003:12 Ny konkurranselov punkt 8.8.5.3:

*Når Konkurransetilsynet gjennomfører en kontroll, vil omfanget av tilgjengelig lagret informasjon ofte være enormt, og det er uhyre tidkrevende å skille mellom materiale som er relevant og irrelevant for kontrollen.*

Dette tilsier etter retten mening at Konkurransetilsynet før bevissikringen gjennomføres bør ha en plan for hvorledes det skal gjennomføres et målrettet datasøk og beslag som dekker den konkrete mistanken. Selskapet har etter konkurranseloven § 6-1 jfr. § 6-6 en straffesanksjonert plikt til å bistå Konkurransetilsynet med opplysninger, og det kan da ikke være noe i veien for at Konkurransetilsynet i det minste forsøker sammen med selskapet – i selskapets lokaler – å foreta et målrettet søk. Et målrettet søk vil bidra til å begrense beslaget mest mulig, og retten antar at unnlattelse av forsøk på målrettet søk da vil medføre at det foretatte databeslag fremstår som vilkårlig og uforholdsmessig.

Etter det retten forstår har Konkurransetilsynet i herværende sak ikke gjort forsøk på å målrette sitt søk etter det som er søkets gjenstand, nemlig mulig brudd på idekoprissystemet. Som nevnt ovenfor i punkt 3.2.3 under henvisning til Rt-1986-1149, er det kun innenfor et slikt målrettet, konkret og avgrenset søk at det av "praktiske grunner" kan bli tale om et utvidet beslag.

### 3.2.5

På bakgrunn av ovennevnte gjennomgang trekker retten følgende konklusjon: Når det – som i herværende sak – foreligger en mistanke om overtredelse av et konkret, begrenset og klart definert område (indeksprissystemet), det foretatte søk ikke er forsøkt avgrenset til det forholdet mistanken gjelder, det er foretatt et enormt uspesifisert databeslag (60 gigabyte) og det er åpenbart og erkjent at det aller meste av databeslaget nettopp ikke omhandler indeksprissystemet, kan ikke databeslaget opprettholdes, jfr. også Oslo forhørsretts kjennelse av 28. mars 2000, hvor retten der kom til at bevissikring ved beslag av en backuptap inneholdende 35 GB var ulovlig:

*Idet det er tale om en enorm datamengde på backuptapen antar retten at det alt overveiende innhold ikke vil være relevante bevis i den konkrete kontrollaksen. (...) Retten har kommet til at det i nærværende kontrollsak ikke kan være adgang til et slikt uspesifisert generalbeslag som beslag av denne backuptapen innebærer.*

### 3.3 Beslag i beslagsfri advokatkorrespondanse

Det er ikke bestridt at det foretatte beslag inneholder korrespondanse mellom NMD og dets advokatforbindelse. Etter konkurranseloven § 6-2 annet ledd jfr. straffeprosessloven § 204 jfr. § 119, kan det ikke foretas bevissikring (ransaking og beslag) i slike dokumenter. I forskriftene om bevissikring (FOR-1995-05-31-511) § 5 annet ledd heter det at

*Dokumenter som faller inn under unntaket i konkurranseloven § 6-2 annet ledd siste punktum, kan gjennomgås så langt det er nødvendig for å bringe på det rene om de er unntatt fra bevissikring.*

Retten antar at ovennevnte forskriftbestemmelse går lenger enn det loven gir hjemmel for, jfr. Rt-1986-1149 og Evensen, Konkurranseloven med kommentarer side 478. Imidlertid er det i Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) punkt 9.3.4 foreslått at

*Prinsippene i § 205 tredje ledd også bør komme til anvendelse når Konkurransetilsynet foretar bevissikring. Departementet foreslår bestemmelsen slik at Konkurransetilsynet må kunne kontrollere om de aktuelle dokumentene (eller eventuelt andre ting) faktisk er unntatt beslag, så fremt dette kan gjøre uten at det nærmere innhold av korrespondansen blir kjent.*

Ovennevnte forslag er ikke innarbeidet i proposisjonens forslag til nye § 25 om bevissikring.

Det kan se ut til at departementet mener ovennevnte forslag er en videreføring av gjeldende rett, jfr. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) punkt 9.3.4:

*Når tilsynet tar beslag i en sikkerhetskopi eller selv kopierer et foretaks elektroniske lagringsfiler, er det ikke til å unngå at beslaget også kan inneholde for eksempel korrespondanse med advokat. Utvalget har vist til en kjennelse fra Borgarting lagmannsrett av 24. februar 2000 (publisert LB-2000-02-24 (Gresvig), som slår fast at Konkurransetilsynet selv kan undersøke et beslaglagt bånd, når eventuell korrespondanse til og fra advokat kan identifiseres uten at det nærmere innhold behøver å bli kjent. Departementet slutter seg her til utvalgets oppfatning.*

Retten er av den oppfatning at den gjengitte forståelse av Borgarting lagmannsretts kjennelse av 24. februar 2000 (LB-2000-00172) er feilaktig. Det fremgår av kjennelsen at lagmannsretten der legger til grunn at prinsippet i straffeprosessloven § 205 tredje ledd også gjelder i saker etter konkurranseloven § 6-2. Lagmannsretten antok at den nærmere gjennomgang i retten av advokatkorrespondansen kunne gjennomføres uten at "innholdet av korrespondansen behøver å bli kjent for domstolen". Det er ikke grunnlag for å forstå kjennelsen dit hen at Konkurransetilsynet gis kompetanse til selv å identifisere beslagsfri advokatkorrespondanse.

Etter gjeldende rett skal partene følge den fremgangsmåte som følger av straffeprosessloven § 105 tredje ledd, hvoretter gjennomgangen av beslaget skal foretas av og i retten, jfr. Rt-2000-531 og LB-2000-00172. I herværende sak synes en slik fremgangsmåte usedvanlig tungvint, nærmest umulig. Retten har verken datakyndig eller arbeidsmessig kapasitet til å gjennomgå et beslag på 60 gigabyte (flere millioner dokumenter). Retten finner at den fremgangsmåte som er foreslått av NMD (gjengitt ovenfor under partenes anførsler) er praktisk og hensiktsmessig, og fremstår som en riktig løsning innenfor straffeprosessloven § 105 tredje ledd. Dersom retten nå ikke hadde kommet til at hele databeslaget skulle oppheves, antas at det kunne avsies kjennelse i overensstemmelse med NMDs subsidiære påstand punkt 2.

#### *4. Saksomkostninger*

retten har kommet til databeslaget blir å oppheve, og NMD har således vunnet frem fullt ut.

Begge parter har påstått tilkjent saksomkostninger. Konkurranseloven § 6-2 annet ledd siste punktum henviser ikke til straffeprosessloven kapittel 30. Hensett til at saken går etter straffeprosessens former (jfr. punkt 1 ovenfor), finner retten at straffeprosessloven § 438 første ledd første punktum her må få anvendelse.



Advokat Svane har innlevert omkostningsoppgave stor kr. 84 320,- inkl. mva.  
Regjeringsadvokaten er kjent med omkostningsoppgaven og har ikke gjort innsigelser mot denne. Retten har ingen bemerkninger til omkostningsoppgaven, og legger denne til grunn som rimelig og nødvendig.

#### S l u t n i n g :

1. Konkurransetilsynets beslag av

- *CD- og diskettbeslag* på kontorene til direktør Jan T. Føsum og innkjøpsdirektør Frode Hammer,
- *Filkopiering av konsernets server* vedrørende direktør Arne Øverby, direktør Jan T. Føsum, innkjøpsdirektør Frode Hammer og økonomisjef Gerard Grassel,
- *Speilkopiering av PC-server* til direktør Jan T. Føsum og innkjøpsdirektør Frode Hammer,

oppheves og tilbakeleveres til Norsk Medisinaldepot AS eller tilintetgjøres av Konkurransetilsynet.

2. Konkurransetilsynet tilpliktes å betale til Norsk Medisinaldepot AS 84 320,- - åttifiretusentredogtyve – kroner inkl. mva. i saksomkostninger innen 2 – to – uker fra kjennelsens forkynnelse.

Retten hevet

Kim Heger

