



DET KONGELIGE FORNYINGS-,
ADMINISTRASJONS- OG KIRKEDEPARTEMENT

Advokatfirmaet Selmer DA
v/advokat Harald Evensen
Postboks 1324 Vika
0112 Oslo

Deres ref

Vår ref
13/2296

Dato 28. oktober 2013

Klage fra Norgesgruppen ASA over delvis avslag på begjæring om partsinnsyn i Konkurransetilsynets sak 2012/0335

1. Sakens bakgrunn

Det vises til klage datert 11. juni 2013 fra Norgesgruppen ASA v/Advokatfirmaet Selmer DA (klager) over Konkurransetilsynets avslag på begjæring om partsinnsyn og tilsynets oversendelsesbrev av 5. juli 2013.

Klager begjærte 24. mai 2013 innsyn i Konkurransetilsynets sak 2012/0335 dokumentnummer 88 "*Avtale om konsulentbistand og taushetsplikt*" og dokumentnummer 108 "*Korrespondanse med rådgivende konsulent*". Dokumentene knytter seg til tilsynets varsel til Norgesgruppen vedrørende eventuelt brudd på gjennomføringsforbudet ved overtakelse av 13 leiekontrakter til tidligere Ica Maxi-butikker.

Konkurransetilsynet har gitt fullt innsyn i dokumentene inntatt i dokumentnummer 88. Klagen gjelder således kun dokumentnummer 108. Innsynsbejæringen vedrørende dokumentnummer 108 ble delvis avslått med hjemmel i forvaltningsloven § 18b annet og tredje ledd, fordi Konkurransetilsynet fant at de aktuelle dokumentene inneholdt råd og vurderinger om hvordan Konkurransetilsynet burde opptre i saken, og dokumenter om innhenting av slike dokumenter. Konkurransetilsynet fant videre at unntak fra innsyn var påkrevd av hensyn til en forsvarlig ivaretagelse av det offentliges interesser i saken. Merinnsyn etter forvaltningsloven 18 annet ledd ble vurdert, men Konkurransetilsynet kom til at behovet for unntak veide tyngre enn behovet for innsyn.

2. Klagers anførsler

Klager anfører at det ikke er grunnlag for å unnta dokumentene fra innsyn etter

Postadresse
Postboks 8004 Dep
N-0030 Oslo

postmottak@fad.dep.no

Kontoradresse
Akersgt. 59

www.fad.dep.no

Telefon*
22 24 90 90

Org no.
972 417 785

Konkurransopolitisk
avdeling

Telefaks
22 24 27 23

Saksbehandler
Christina Erichsen
Grindal
22 24 44 17
cer@fad.dep.no

forvaltningsloven § 18b annet og tredje ledd, blant annet fordi dette ikke kan være påkrevd av hensyn til en forsvarlig ivaretagelse av det offentliges interesser i saken. Klager anser at innsyn er avgjørende for at Norgesgruppen skal kunne ivareta sine rettigheter og for å sikre adekvat kontradiksjon. Særlig i et tilfelle hvor tilsynet er nyskapende i sin praksis er det viktig for den private part å kunne få saken opplyst så godt som mulig og bli kjent med argumentasjonen bak varselet for å kunne ivareta sin rett til kontradiksjon. At det er en mulighet for at de aktuelle dokumentene kan bli brukt for å adressere tilsynets lovtolkning i varselet er etter klagers oppfatning ikke en relevant skadevirkning.

Subsidiært påklages den merinnsynsvurdering som er foretatt av tilsynet etter forvaltningsloven § 18 annet ledd. Klager viser til at retten til merinnsyn går lengre overfor en part i en sak om et enkeltvedtak enn ellers, og at slik utvidet innsynsrett, etter omstendighetene, også vil være rimelig som ledd i den alminnelige veiledning overfor parten. Det vises videre til at varselet om gebyr er svært alvorlig, og at det er av avgjørende betydning for Norgesgruppens mulighet til å ivareta sine interesser i saken at selskapet får et best mulig innblikk i både det faktiske og det rettslige grunnlaget for Konkurransetilsynets vurderinger.

Klager anfører også at Konkurransetilsynets begrunnelse for avslaget ikke er tilfredsstillende sett i forhold til sakens alvor og kompleksitet.

3. Konkurransetilsynets anførsler

Konkurransetilsynet skriver at unntak er påkrevd av hensyn til forsvarlig ivaretagelse av det offentliges interesser i saken. Dersom Norgesgruppen på nåværende tidspunkt skulle gis innsyn i de nevnte dokumenter vil dette kunne gi Norgesgruppen informasjon om bl.a. hva som underveis i prosessen med utarbeidelsen av varselet har blitt vurdert som sterke og mindre sterke sider i saken, og andre interne avveininger og valg. Dette vil kunne brukes aktivt mot tilsynet i det videre arbeid frem mot en endelig avslutning av saken. Innholdet i de aktuelle dokumentene har klare likhetstrekk med tilsynets interne notater, som også inneholder tilsynets foreløpige og løpende vurderinger for tilsynets videre saksbehandling. Hensynet til fri meningsutveksling i forvaltningen tilsier at tilsynet bør gis adgang til å innhente slike interne diskusjonsdokumenter som et hensiktsmessig redskap i sin interne saksforberedelse uten at det gir parter rett til innsyn i argumenter, vurderinger og avveininger som tilsynet må ta stilling til underveis i saksbehandlingen og mens en konkret tvist pågår. Konsekvensen av at parter får tilgang til slike dokumenter kan være at tilsynet ikke vil finne det hensiktsmessig å benytte eksterne rådgivere under saksbehandlingen.

Det vises videre til at hensynet til kontradiksjon i hovedsak skal ivaretas gjennom varsel om vedtak. Det aktuelle varselet er omfattende, 27 sider med 36 vedlegg, og gir en detaljert beskrivelse av hvilke faktiske og rettslige forhold tilsynet har lagt til grunn. Det er tilsynets klare oppfatning at hensynet til kontradiksjon er blitt ivaretatt i denne saken.

Tilsynet kan ikke se at det i den foreliggende sak gjør seg gjeldende hensyn som oppveier skadevirkningene ved innsyn. I vurderingen av om det skal gis innsyn etter reglene om merinnsyn, skal det foretas en konkret helhetsvurdering av de relevante hensynene som

taler for og mot innsyn. Det må foreligge en reell og saklig grunn dersom innsyn skal nektes. Blant annet skal det legges vekt på om innsyn vil skade de hensyn som begrunner unntak fra innsyn. I den konkrete interesseavveiningen har Konkurransetilsynet lagt vekt på at hovedhensynene bak de aktuelle unntaksbestemmelsene gjør seg sterkt gjeldende i forhold til korrespondansen mellom Hjelmeng og tilsynet. Det foreligger et særlig behov for fortrolig kommunikasjon mellom tilsynet og oppdragstakere ved bistand i konkrete tvister. Innholdet i korrespondansen har som nevnt tidligere klare likhetstrekk med tilsynets interne notater. Det er uheldig dersom tilsynet skulle pålegges å gi innsyn i diskusjonsdokumenter som inngår i tilsynets saksbehandling. Hensynet til den frie meningsutveksling i forvaltningen tilsier at tilsynet bør gis adgang til å innhente slike diskusjonsdokumenter som et hensiktsmessig redskap i sin interne saksforberedelse uten at det gir parter rett til innsyn i argumenter, vurderinger og avveininger som tilsynet må ta stilling til underveis i saksbehandlingen.

Når det gjelder klagers anførsler om at avslaget ikke er tilstrekkelig begrunnet skriver tilsynet at avslaget tilfredsstiller de krav til begrunnelse som følger av forvaltningsloven § 21 første ledd.

4. Departementets vurdering

4.1 Vurdering etter forvaltningsloven § 18b annet og tredje ledd

I forbindelse med Konkurransetilsynets utarbeidelse av varsel til Norgesgruppen angående mulig brudd på gjennomføringsforbudet ved overtakelse av 13 leiekontrakter til tidligere ICA Maxi-butikker, ble Erling Hjelmeng engasjert for å bistå tilsynet med faglige innspill. Innsynssaken gjelder korrespondanse mellom tilsynet og Hjelmeng i denne forbindelse. Klagen gjelder, etter at tilsynet ga ytterligere innsyn under behandlingen av klagen, dokumentnummer 108, filene 3, 6 og 8 som er utarbeidet av Hjelmeng og deler av fil nr. 2 som er to e-poster fra Hjelmeng, samt fil nr. 4 som gjelder innhenting av råd og vurderinger fra Hjelmeng. Departementet behandler dokumentene under ett da de samme hensyn gjør seg gjeldende for samtlige.

Konkurransetilsynet har avslått klagers innsynsbegjæring med hjemmel i forvaltningsloven § 18b annet ledd og tredje ledd. Annet ledd gjelder *”unntak for deler av dokument som inneholder råd om og vurderinger av hvordan et organ bør opptre i en sak, og som organet har innhentet til bruk for sin interne saksforberedelse...”* Etter tredje ledd gjelder bestemmelsen tilsvarende for dokument om innhenting av et slikt dokument som nevnt i annet ledd. Det er videre et krav for å gjøre unntak etter bestemmelsen at dette er påkrevd av hensyn til *”en forsvarlig ivaretagelse av det offentliges interesser i saken.”* Bestemmelsen tilsvarende offentliglova § 15 annet og tredje ledd og forarbeider og praksis etter denne bestemmelsen er derfor sentrale ved tolkningen av forvaltningsloven § 18b.

Utgangspunktet etter forvaltningsloven er således at adgangen til å nekte partsinnsyn for dokumenter innhentet utenfra til bruk for den interne saksbehandlingen er betydelig snevrere enn retten til å unnta interne dokumenter utarbeidet av organet selv. Dette tilsvarende rettstilstanden etter offentliglova § 15, hvor også utgangspunktet er at slike dokumenter er offentlige. I motsetning til det som gjelder for interne dokumenter i snever forstand er det avgjørende for adgangen til unntak etter denne regelen at innholdet i

dokumentet er råd og vurderinger om håndteringen av en sak, og at partsinnsyn vil gi tilstrekkelig alvorlige skadevirkninger for det offentliges interesser i saken.

Bakgrunnen for innsnevringen av unntaket for dokumenter innhentet fra eksterne rådgivere for den interne saksforberedelsen er at hensynene bak unntaksreglene for organinterne dokumenter ofte ikke gjør seg gjeldende, i hvert fall ikke i like stor grad, for disse dokumentene. Derfor må innholdet og skadevirkningene vurderes konkret i det enkelte tilfelle. Dersom det er nødvendig for å sikre forsvarlige interne avgjørelsesprosesser i organet kan det gjøres unntak fra kravet om partsinnsyn.

Departementet legger til grunn at det ikke er bestridt at de omstridte dokumentene er innhentet av Konkurransetilsynet, og at formålet med samarbeidet med Hjelmeng var å bruke hans faglige kompetanse i tilsynets interne saksforberedelse i saken. Det har ikke noe å si for anvendelsen av 18 b annet ledd hvem dokumentet er innhentet fra, hvis vilkårene i andre avsnitt ellers er oppfylt. Unntaket gjelder altså uavhengig av om dokumentet er innhentet fra et forvaltningsorgan eller for eksempel fra en privat konsulent, og uavhengig av hvilken type kompetanse avsenderen har.

Saklig sett gjelder unntaket i § 18 annet ledd kun råd om og vurderinger av hvordan et organ bør opptre i en sak. Dette omfatter etter forarbeidene til den tilsvarende bestemmelsen i offentleglova råd og vurderinger av hvilket handlingsalternativ organet bør velge i en gitt sammenheng, hvilken avgjørelse som bør treffes, innholdet i avgjørelsen mv, herunder konsekvensene av ulike handlingsalternativ.¹ Det er ikke adgang til å unnta innspill o l som ikke har karakter av råd og vurderinger av hvordan organet bør stille seg. Dette betyr at det som hovedregel ikke vil være adgang til å unnta de delene av et dokument som bare inneholder generelle premisser som skal inngå i avgjørelsesgrunnlaget til mottageren, f eks generelle utredninger av faktiske forhold eller rettsspørsmål. Departementet anser det ikke som tvilsomt at de omtvistede dokumentene oppfyller kravet om at det skal gjelde *”råd om og vurderinger av hvordan et organ bør opptre i en sak.”* Dokumentene saken gjelder knytter seg til varselet til Norgesgruppen i sak om eventuell overtredelse av gjennomføringsforbudet og består av vurderinger, råd og innspill fra Hjelmeng i forbindelse med utarbeidelsen av varselet, oppfølgingsspørsmål og kommentarer fra tilsynet og svar fra Hjelmeng på disse. De sladdede delene av korrespondansen mellom saksbehandler og Hjelmeng inneholder verken generelle fremstillinger av rettsreglene som er aktuelle i saken, eller analyser av faktum, men konkrete kommentarer til Konkurransetilsynets utkast til varsel om ileggelse av overtredelsesgebyr.

Det avgjørende i denne saken blir derfor om ”skadevilkåret” kan sies å være oppfylt. Det fremgår av forarbeidene til den tilsvarende bestmmelsen i offentleglova § 15 annet ledd at dette er et strengt vilkår. I proposisjonen² understrekes det at vilkåret om at unntak må

1 I HRkj 2010-994-A, inntatt i Rt 2010 s 740, legges det f eks til grunn at en juridisk vurdering som et eiendomsskattekontor innhenter fra et advokatfirma utvilsomt er å anse som et råd om hvordan organet «bør opptre i en sak», der kontoret skulle avgi innstilling overfor en klagenemnd.

2 Ot.prp. nr. 102 (2004-2005)s. 135

være «påkravd», er et «nokså strengt vilkår». Det må være «ein nokolunde reell fare for at det vil føre til skade av eit visst omfang på dei interessene føresegna skal verne om». Det er ikke bare interessene til mottakerorganet som dekkes av bestemmelsen, men også interesser som det er tillagt andre offentlige organer å ivareta.

De interesser som skal kunne ivaretas på denne måten, er bare legitime offentlige interesser, ikke ev. ønske om å skjule feil, å ivareta særinteresser, eller å beskytte forvaltningen mot kritikk. Det som skal kunne skjermes på denne måten, er i første rekke interne prosesser, de standpunkter som har vært lagt frem og diskutert under veien frem til en avgjørelse.³

Justisdepartementet skriver som påpekt i forarbeidene til den tilsvarende bestemmelsen i offentleglova § 15 annet ledd⁴ at bakgrunnen for at unntaket for interne dokumenter innhentet utenfra er snevrere enn for organinterne dokumenter er at hensynene for unntak for interne dokumenter ofte ikke vil være oppfylt for disse dokumentene. Departementet skriver *”for dokument som kjem utanfrå, vil det såleis i hovudsak vere slik at dokumenta er gjennomarbeidde og endelege frå avsendaren si side.”* Justisdepartementet anså derfor at det at dokumentet er ment til bruk i den interne saksforberedelsen ikke er tilstrekkelig til å begrunne unntak.

Dette hensynet gjør seg etter vår mening ikke gjeldende i det foreliggende tilfellet. De omstridte dokumentene inneholder råd som ikke fremkommer i noe gjennomarbeidet og endelig dokument fra Hjelmengs side, men drøftelser mellom ham og saksbehandler, som bærer preg av å være foreløpige vurderinger og meningsutvekslinger. Det synes klart at dialogen var ment som underlagsmateriale ved saksbehandlingen og ved Konkurransetilsynets utforming av varselet. Dokumentene ligner således mer på interne diskusjonsnotater enn på endelige utredninger og råd fra en ekstern rådgiver. Disse dokumentene har ikke en form eller oppbygging som er egnet for presentasjon utad. De er uttrykk for foreløpige innspill og merknader fra saksbehandlere og rådgiver og gir ikke uttrykk for endelig stillingstagende, verken fra disses eller tilsynets side. De hensyn som ligger bak reglene om unntak for organinterne dokumenter gjelder derfor også i foreliggende sak, og departementet anser derfor at unntak er påkrevd av hensyn til forsvarlig ivaretagelse av det offentliges interesser i denne saken.

Dersom det ikke kan gjøres unntak for denne typen dokumenter, antar departementet at Konkurransetilsynet enten ikke vil kunne benytte eksterne rådgivere i behandlingen av enkeltsaker der dette er ønskelig og hensiktsmessig, eller at man må begrense seg til muntlig kommunikasjon med slike rådgivere. Begge deler er uheldig.

Departementet vil for øvrig bemerke at selv om Konkurransetilsynet har valgt å unnta dokumentene med hjemmel i forvaltningsloven § 18 b annet ledd, anser departementet at hjemmelen i forvaltningsloven § 18 a om unntak for organinterne dokumenter kunne vært anvendt i denne saken. En person som utfører et enkeltstående oppdrag for et forvaltningsorgan kan bli ansett som en del av organet avhengig av oppdraget, mandatet og

³ Jf. Bernt kommentarer til de enkelte bestemmelser i offentleglova note 25 til § 15

⁴ Jfr. Ot prp nr 102 (2004-2005) s 54

*"kva grad av fortrulegheit og internt samarbeid med organet som det er lagt opp til."*⁵ Det vises i den forbindelse til departementets avgjørelse i sak 12/2773 som gjaldt klage over tilsynets avslag på begjæring om innsyn etter offentleglova i en utredning av professorene Hjelmeng og Gabrielsen. FAD tok klagen til følge med den begrunnelsen at det er graden av fortrolighet og behovet for og eksistensen av fortrolig meningsutveksling som vil være avgjørende ved avgjørelsen av om en person som utfører et enkeltstående oppdrag for organet skal bli ansett å være en del av organet, og at disse vilkårene ikke var oppfylt i den saken. Motsatt har departementet i tidligere klagesaker kommet til at forvalter som utfører oppdrag for Konkurransetilsynet, jf. konkurranseloven § 16 femte ledd, er å anse som samme organ som tilsynet etter forvaltningsloven § 18a.⁶ Det er her lagt vekt på at forvalter skal bistå tilsynet ved gjennomføringen av et inngrepsvedtak, og at det derfor er behov for tett samarbeid og fri dialog mellom tilsynet og forvalter. Departementet anser at det foreliggende tilfelle har mest til felles med de sistnevnte sakene.

Etter § 18 b tredje ledd gjelder unntakene i første og annet ledd tilsvarende for dokument som gjelder innhenting av slike dokumenter som det kan gjøres unntak for etter paragrafen, og for referat fra møte mellom overordnet og underordnet organ, mellom departementer og mellom et organ og noen som gir råd og vurderinger som nevnt i annet ledd. Dette medfører at også de dokumentene som gjelder tilsynets innhenting av dokumenter fra Hjelmeng kan unntas i samme grad som dokumentene fra Hjelmeng til tilsynet.

Som utgangspunkt er det bare adgang til å unnta de deler av dokumentene som oppfyller vilkårene i bestemmelsen, ikke hele dokumenter, men hvis mer generelle redegjørelser eller lignende er filtret sammen med råd om og vurderinger av hvordan organet bør forholde seg, vil det likevel være adgang til å gjøre unntak for disse. For de omstridte dokumentene er sammenfiltreringen gjennomgående for samtlige filer slik at det kan gjøres unntak for hele dokumentet. I forarbeidene nevnes rettslige utredninger om enkeltsaker spesielt som eksempler på saker hvor slik sammenfiltrering ofte vil kunne forekomme⁷. I tillegg kommer at en rekke av de opplysninger som fremgår av dokumentene uansett er tilgjengelig for parten i andre dokumenter.

Departementet har på denne bakgrunn kommet til at vilkårene for å unnta de omstridte dokumentene fra partsinnsyn etter forvaltningslovens § 18b andre og tredje ledd er oppfylt.

4.2 Vurdering av merinnsyn

Klager anser at det uansett bør gis innsyn etter reglene om merinnsyn. Klager viser til at det gjelder en viktig sak og at tilsynet har varslet et gebyr som er svært høyt i forhold til tidligere ilagte gebyr for brudd på gjennomføringsplikten. I en sak som er så alvorlig som denne anser klager at hensynet til NorgesGruppens mulighet til å ivareta sine interesser og hensynet til kontradiksjon må tillegges avgjørende vekt ved vurderingen av om merinnsyn skal gis.

⁵ Ot.prp. nr. 102 (2004-2005) s. 131 om tilsvarende bestmmelse i offentleglova §14.

⁶ Se departementets vedtak av 07.12.2012 (Nets Norway) og 09.03.2010 (Nortura).

⁷ Jfr Ot prp nr 102 (2004-2005) s 135.

Etter forvaltningsloven § 18 annet ledd skal forvaltningsorganet når det er adgang til å gjøre unntak likevel vurdere å gi helt eller delvis innsyn. Innsyn bør gis dersom hensynet til parten veier tyngre enn behovet for unntak.

Departementet er enig med klager i at saker som medfører risiko for illeggelse av overtredelsesgebyr er alvorlige saker og at hensynet til partenes behov for å kunne ivareta sine interesser derfor må vektlegges ved vurdering av merinnsyn. Departementet finner imidlertid at hensynet til parten ikke veier opp for skadevirkningene som partsinnsyn kan gi. Hensynet til kontradiksjon for partene anses etter departementets vurdering ikke å avhenge av om innsyn blir gitt i disse dokumentene, siden rådgivningen dreide seg om utformingen av det omfattende varselet som NorgesGruppen nå har mottatt. Hensynet til kontradiksjon anses derfor tilstrekkelig ivaretatt. Departementet er derfor enig i tilsynets vurdering om ikke å åpne for merinnsyn knyttet til de dokumentene klagen gjelder.

4.3 Kravet til begrunnelse

Klager anfører at Konkurransetilsynet ikke har begrunnet sitt avslag på innsyn i tilstrekkelig grad. Departementet anser at Konkurransetilsynet har oppfylt de krav til begrunnelse som følger av forvaltningsloven § 21 første ledd. Avslag på krav om innsyn skal etter denne bestemmelsen være skriftlig, videre ” *skal parten gjøres merksam på den bestemmelse som ligger til grunn for avslaget og hvilket ledd og hvilken bokstav i bestemmelsen som er brukt. Avslaget skal opplyse om retten til å klage etter annet ledd og klagefristen etter § 29.*” Disse kravene er oppfylt. Det gjelder ikke noe krav om at det gis en mer spesifisert redegjørelse for hvorfor den oppgitte hjemmel, ledd og bokstav er anvendelig⁸. Bestemmelsen i forvaltningslova § 25 om begrunnelsens innhold er ikke gitt tilsvarende anvendelse.

5. Departementets konklusjon og vedtak

På bakgrunn av ovenstående har Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet fattet følgende vedtak:

Klagen fra Norgesgruppen ASA over Konkurransetilsynets avslag på begjæring om innsyn i dokumenter i Konkurransetilsynets sak 2012/0335 tas ikke til følge.

Med hilsen

Nils-Ola Widme (e.f)
avdelingsdirektør

Christina Erichsen Grindal
seniorrådgiver

Kopi: Konkurransetilsynet

⁸ Jf. Ombudsmannens uttalelse i Årsmeldingen 1997 s. 93

