



KOPI

**DET KONGELIGE FORNYINGS-,
ADMINISTRASJONS- OG KIRKEDEPARTEMENT**

Arntzen de Besche Advokatfirma AS
v/advokat Stein Ove Solberg
PB 2734 Solli
0204 OSLO

Deres referanse
COM/com 511850 106378/47077

Vår referanse
201000229-/TMO

Dato
09032010

Klage fra Nortura SA over Konkurransetilsynets delvis avslag på begjæring om partsinnsyn - forvalterrapporten

1. Innledning og bakgrunn

Det vises til klage datert 6. oktober 2009 fra Nortura SA (Nortura) ved Arntzen de Besche Advokatfirma AS over Konkurransetilsynets delvis avslag på begjæring om partsinnsyn av 16. september d.å., sendt departementet ved tilsynets brev av 7. januar 2010.

Nortura begjærte 8. september 2009 innsyn i dokument "Periodisk rapport fra Forvalter nr. 1" ("forvalterrapporten") datert 26. august d.å. Rapporten knytter seg til forvalteroppdraget i forbindelse med gjennomføringen av Konkurransetilsynets vedtak V2007-27 Nortura - Hå Rugeri ("Hå-vedtaket").¹ Forvalter er Advokatfirma DLA Piper Norway DA ("forvalter").

Konkurransetilsynet mente at forvalterrapporten var et organinternt dokument, og av slo 16. september d.å. begjæring om innsyn for deler av dette med hjemmel i forvaltningsloven² § 18 a.

Tilsynet har vurdert klagen fra Nortura og kommet til at den ikke fører frem. Klagen er oversendt til departementet som rette instans for videre behandling, jf. forvaltnings-

¹ Vedtak 2007-27 – Nortura BA – Hå Rugeri AS – konkurranseloven § 16 – inngrep mot foretakssammenslutninger.

² Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).

loven § 21 og § 33 fjerde ledd. Departementet legger til grunn at klagen er fremsatt rettidig, jf. forvaltningsloven § 29.

2. Klagers anførsler

Klager viser til forvaltningsloven § 18 første ledd om at partene har rett til fullt innsyn i sakens dokumenter. Videre kommer ingen av unntaksbestemmelsene i forvaltningsloven til anvendelse.

2.1 Unntaket i forvaltningsloven § 18a får ikke anvendelse fordi Konkurransetilsynet og forvalter ikke er ett og samme organ

Klager bestrider at vilkårene i forvaltningsloven § 18a er oppfylt. Bestemmelsen får bare anvendelse dersom forvalterrapporten er utarbeidet av organet selv, (i denne saken Konkurransetilsynet) for sin egen interne saksforberedelse. Det avgjørende blir derfor om tilsynet og forvalter er ett og samme organ. Ved avgjørelsen må det tas utgangspunkt i den tradisjonelle organiseringen av forvaltningen, slik den fremtrer utad som en enhet når vedtak forberedes og treffes.

Hva som regnes som ett og samme organ må forstås på samme måte som etter offentliglova § 14.³ I Ot.prp. nr. 102 (2004-2005) om offentliglova § 14 uttales at avgjørelsen om hva som er ett og samme organ skal løses på samme måte som i forhold til tilsvarende bestemmelse i offentlighetsloven av 1970. Det siteres i den forbindelse fra Veileder i offentlighetsloven fra Justisdepartementet (G-0354 B) "veilederen" s. 34. Etter veilederen er utgangspunktet at en *"...organisasjon som utad fremstår som en selvstendig enhet, må regnes som forvaltningsorgan. Foruten organiseringa må det bl.a. legges vekt på om enheten har selvstendig avgjørelsesmyndighet."*

Forvalter er oppnevnt etter konkurranseloven § 16 femte ledd sammenholdt med forskrift 15. september 2008 nr. 1021 om forvalter (forvalterforskriften) § 8. Det beror på en konkret vurdering om en person som midlertidig er knyttet til et organ, eksempelvis for å gjøre et utredningsarbeid, skal anses som en del av organet eller som en ekstern oppdragstaker. Dersom det er tale om et oppdragsforhold, vil vurderingen avhenge av arten av oppdraget, mandatet og hvilken grad fortrolighet og internt samarbeid med organet som det er lagt opp til, jf. Ot. prp. nr. 102 (2004-2005) side 131 annen spalte.

Klager viser til at i denne saken er det riktignok slik at forvalter utleder sin kompetanse fra tilsynet. Videre er det slik at tilsynet har instruksjonsmyndighet. Dette er en forlengelse av at forvalter bistår tilsynet med å sikre at Nortura etterlever vilkår som er fastsatt i Hå-vedtaket. Men til tross for dette, har forvalter etter forvalterforskriften § 9 selvstendig avgjørelsesmyndighet innenfor forvaltermandatet, herunder å gi Nortura nødvendig pålegg.

³ Jf. Geir Woxholth "Forvaltningsloven med kommentarer" 4. utgave (2006) side 351.

I tillegg er det slik at forvalter er underlagt profesjonsreglene for advokater (regler for god advokatskikk) som begrenser tilsynets instruksjonsmyndighet tilsvarende. Det følger av Høyesteretts praksis, at selv ikke domstolene har kompetanse til å håndheve dette regelverket. Nortura mener derfor at en advokat - selv i rollen som forvalter – utad fremtrer som en selvstendig enhet, og ikke som del av Konkurransetilsynet. Et motsatt syn strider med den uavhengige stilling som en advokat har.

Videre viser klager til begrunnelsen for forvaltningsloven § 18a, som særlig er hensynet til den frie meningsbrytningen innad i forvaltningen i en tidlig fase av saksforberedelsen. Dette slår ikke til i denne saken, hvor forvalterrapporten er en selvstendig rapport, og ikke en del av tilsynets saksforberedelse.

Nortura mener derfor at forvaltningsloven § 18a ikke får anvendelse.

2.2 Konkurransetilsynet har ikke foretatt interesseavveiningen som loven fastsetter

Opplysninger som faller inn under forvaltningsloven § 18a kan ikke automatisk unntas fra partsoffentlighet. Dette følger av ordlyden til bestemmelsen *"en part har ikke krav på"*. Videre følger det av forvaltningsloven § 18 annet ledd at tilsynet har en plikt til å foreta en interesseavveining mellom hensynet til parten og behovet for unntak. Klager mener at tilsynet har oversett denne interesseavveiningen, jf. vedtaket av 16. september 2009 *"Dokumentet er i utgangspunktet unntatt fra partsinnsyn..."* (klagers understrekning). Videre har tilsynet bare vist til *"...behovet for hemmelighold..."*, uten å avveie dette mot hensynet til at Nortura skal ha mulighet til å vareta egne interesser.

Begrunnelsen for innføringen av forvaltningsloven § 18 annet ledd er å lovfeste en uttrykkelig plikt for forvaltningen til å vurdere meroffentlighet. Videre bringes forvaltningslovens regler i samsvar med den tilsvarende bestemmelsen i offentleglova § 11 om meroffentlighet, jf. Ot. prp. nr. 102 (2004-2005).

Ved interesseavveiningen skal det tas utgangspunkt i om hensyn som begrunner unntaksregelen gjør seg gjeldende i det konkrete tilfellet. I motsatt fall, skal innsyn gis. Selv om det gjør seg gjeldende hensyn som begrunner unntak fra partsinnsyn, må det vurderes om det er hensyn som taler for innsyn. Dersom hensynet til parten veier tyngre enn behovet for unntak, skal innsyn gis.

Plikten til å vurdere meroffentlighet følger av praksis om offentlighetsloven fra Sivilombudsmannen, som belyser tolkningen av forvaltningsloven § 18 annet ledd. For interesseavveiningen viser klager til Sivilombudsmannen Årsmelding 2005 side 100:

"Det sentrale vurderingstemaet etter offentlighetsloven § 2 tredje ledd er om de hensyn som begrunner den aktuelle unntaksbestemmelsen gjør seg tilstrekkelig sterkt gjeldende i den foreliggende saken i forhold til de hensyn som taler for offentliggjøring. Avveiningen av de ulike hensyn vil kunne slå ulikt ut avhengig av hvilken unntakshjemmel som er aktuell.

Når det gjelder unntaket for interne dokumenter, har Stortingets justiskomite understreket særskilt at sterke grunner taler for å praktisere meroffentlighet, jf. Innst. O. nr. 40 (1981–82) s. 4.

På bakgrunn av formålet bak bestemmelsen om meroffentlighet og de klare uttalelsene i forarbeidene til offentlighetsloven, har jeg tidligere lagt til grunn at innsyn bare bør nektes dersom det, i tillegg til at det foreligger en unntakshjemmel, er tungtveiende grunner for å unnta dokumentet fra offentlighet, se bl.a. ombudsmannens undersøkelse av praktiseringen av offentlighetsloven i Justisdepartementet i ombudsmannens årsmelding for 1997 s. 15. I forslaget til ny offentlighetslov er det generelt presisert at unntak bare skal bli gjort "i tilfelle der det er eit verkeleg og sakeleg behov for det", jf. Ot.prp. nr. 102 (2004–2005) s. 41. Det samme må gjelde for partsinnsyn etter forvaltningsloven.

Utgangspunktet må i alle tilfeller være at meroffentlighet bør praktiseres dersom det ikke foreligger avgjørende grunner som taler for hemmelighold."

Det klare utgangspunktet for interesseavveiningen er at "...innsyn bare bør nektes dersom det...er tungtveiende grunner for å unnta (forvalterrapporten) fra offentlighet..." Det må således foreligge "tungtveiende grunner" for at Norturas mulighet for kontradiksjon skal vike for hensynet til hemmelighold.

Klager hevder at det er klart uheldig og i strid med kontradiksjonsprinsippet at forvalterrapporten inneholder informasjon som kan unntas partsinnsyn. Det vises i denne forbindelse til FADs vedtak av 23. mai 2008 (Eurofins) side 7: "Departementet vil også peke på at et varsel skal ivareta partenes rett til kontradiksjon. Det framstår derfor unaturlig at et varsel i omfattende grad inneholder opplysninger som er unntatt partsinnsyn." Uten tilgang til grunnlaget for Konkurransetilsynets saksbehandling uthules kontradiksjonsprinsippet. Nortura mener derfor at de uten videre burde fått tilsendt forvalterrapporten.

For at klager skal kunne vareta sine interesser, må de derfor ha mulighet til og utøve reell innflytelse på avgjørelser som angår selskapet. I forvalterrapporten er hele avsnitt unntatt partsinnsyn. Det er vesentlig for Nortura at Konkurransetilsynets vurderinger ikke beror på et grunnlag som de ikke har fått kommentere og eventuelt korrigere. Det fremgår ikke tilstrekkelig av sammenhengen i den periodiske rapporten hva de opplysningene som er unntatt partsinnsyn gjelder.

Selv om det ikke gjelder etterlevelsen av Hå-vedtaket som sådan, peker klager på forvalters uttalelse på side 2 om at "...Nortura (har) påført Forvalter en del merarbeid i forbindelse med diverse henvendelser vedrørende utforming av vederlagsavtalen." Etter Norturas syn fremstår denne uttalelsen som en forstemmende og upresis gjengivelse av forholdene rundt utformingen og inngåelsen av vederlagsavtalen. Uttalelsen fremstår egnet til å dra forvalters objektivitet på øvrige punkter i tvil. Det eventuelle merarbeid som har oppstått i forbindelse med utarbeidelsen av vederlagsavtalen skyldes ene og alene utskiftingen av personell hos forvalter.

Klager gjør også gjeldende at hensynet til partsoffentlighet gjør seg mer gjeldende i denne saken. Dette skyldes at overtredelse av vilkår i "Hå-vedtaket" kan medføre straff

eller overtredelsesgebyr, jf. konkurranseloven § 30 første ledd bokstav b og § 29 første ledd bokstav b. Etter Norturas syn taler de pønale sanksjonsmulighetene klart for partsinnsyn. Det skal således betydelig mer til for at det skal foreligge *"tungtveiende grunner"* som begrunner et unntak fra partsinnsyn. Grunnkravet om forsvarlig saksbehandling står i en særstilling i en slik type sak. Derfor mener klager at det ikke er tilstrekkelig i forhold til loven at tilsynet kun har henvist til *"behovet for hemmelighold"*.

Knappheten i vedtaket om interesseavveiningen viser at tilsynet ikke har foretatt en slik vurdering. Manglende interesseavveining er en materiell kompetansesvikt og vedtaket må derfor være ugyldig. Derfor mener Nortura at partsinnsyn uansett skal gis.

2.3 Manglende begrunnelse leder til ugyldighet

Nortura mener videre at siden det ikke er mulig å etterprøve den eventuelle interesseavveiningen, strider vedtaket mot forvaltningsloven § 25. En overtredelse av de vilkår som er fastsatt i "Hå-vedtaket" kan som nevnt ovenfor straffesanksjoneres. Kravet til begrunnelsesplikten øker tilsvarende, jf. Rt. 1981 s. 745 (Isene). Det er sannsynlig at feilen har påvirket vedtakets innhold. Klager mener derfor at vedtaket er ugyldig.

2.4 Klager må uansett gis partsinnsyn etter forvaltningsloven § 18c

Nortura har uansett rett til partsinnsyn i de deler av forvalterrapporten som inneholder faktiske opplysninger, sammendrag eller annen bearbeidelse av faktum, jf. forvaltningsloven § 18 c.

Om forståelsen av bestemmelsen viser klager til Sivilombudsmannen sak 0594 -2003.⁴

"Denne bestemmelsen er ment å sikre at avgjørelsen ikke treffes på et faktisk grunnlag som parten ikke har hatt mulighet til å gjøre seg kjent med og eventuelt kommentere eller imøtegå, jf. i denne sammenheng også forvaltningsloven § 17. Begrepet «faktiske opplysninger» må forstås i vid forstand slik at det vil kunne omfatte vurderingspregede karakteristikk på grunnlag av faktum eller beregninger på grunnlag av faktum."

Hva som har betydning for saken vil ofte være vanskelig å vite, særlig tidlig i saksbehandlingen. Bestemmelsen må likevel forstås slik at Nortura skal få tilgang til alle faktiske opplysninger som med rimelighet kan tenkes å være av en viss betydning for sakens utfall. Det er bare når forvaltningen positivt vet at opplysningene ikke vil kunne ha betydning at partsinnsyn kan nektes.

Uansett slår hensynet bak reglen til med full tyngde i denne saken. Forvalters *"vurderingspregede karakteristikk på grunnlag av faktum eller beregninger på grunnlag av faktum"* er avgjørende for å etterprøve forvalterrapporten. Det er vanskelig å se hvilke grunner som skal veie tyngre enn disse prosessuelle grunnprinsippene i denne type sak.

⁴ Saken er referert i Sivilombudsmannen Årsmelding 2003 side 57-59. Uttalelsen klager viser til fremkommer på side 58.

3. Konkurransetilsynets vurdering av klagen

3.1 Unntaket i forvaltningsloven § 18a kommer til anvendelse

Konkurransetilsynet mener at tilsynet og forvalter er å anse som ett og samme organ i relasjon til forvaltningsloven § 18a. Således er forvalterrapporten et internt dokument, som i utgangspunkt kan unntas fra innsyn etter bestemmelsen.

Forvaltningsloven § 18a ble innført i forbindelse med den nye offentleglova.⁵ Bestemmelsen skal forstås på samme måte som offentleglova § 14.⁶ Fra forarbeidene til offentleglova § 14 siteres:

*”Om ein person som er mellombels knytt til eit organ, f.eks. for å utføre eit utgreiingsoppdrag, skal reknast som ein del av organet eller som ein ekstern oppdragstakar, vil avhenge av ei konkret vurdering. Dersom personen er tilsett som arbeidstakar i organet, vil vedkommande alltid måtte reknast som ein del av organet. Dersom det er tale om eit oppdragstilhøve, vil dette avhenge av arten til oppdraget, mandatet og kva grad av fortrulegheit og internt samarbeid med organet som det er lagt opp til.”*⁷

Forvalter er ikke er ansatt i Konkurransetilsynet, og gjennomføringen av forvalteroppdraget må derfor anses som et oppdragsforhold. Vurderingen av om Konkurransetilsynet og forvalter kan anses som ett organ avhenger således av særtrekkene ved slike oppdrag, herunder hvilket mandat forvalter har og hvilken grad av fortrolighet og internt samarbeid det er lagt opp til mellom Konkurransetilsynet og forvalter.

Etter konkurranseloven § 16 femte ledd kan tilsynet oppnevne en forvalter til å bistå ved gjennomføringen av inngrep mot foretakssammenslutninger etter § 16 første og annet ledd. Forvalteren får sin godtgjørelse dekket av og kan inngå avtaler på vegne av dem som vedtaket retter seg mot. Forvalteroppdraget i denne saken er nærmere regulert i avtale⁸ om forvalteroppdrag inngått mellom forvalter og Konkurransetilsynet og instruks fra tilsynet.

Forvalter skal føre løpende kontroll med at Nortura oppfylder vilkårene i Konkurransetilsynets vedtak V2007-27, som blant annet pålegger Nortura en plikt til å levere daggamle slaktekyllinger til alle slaktekyllingprodusenter som etterspør slike, på ikke-diskriminerende vilkår. Forvalter skal *bistå* tilsynet, og forvalteravtalen med vedlagt instruks legger opp til et tett og fortrolig samarbeid med tilsynet ved gjennomføringen av oppdraget. Her kan det blant annet vises til forvalteravtalen punkt 2.2. annet avsnitt, der det fremgår at forvalteroppdraget skal utføres i samsvar med instruks fastsatt av Konkurransetilsynet. Instruksen kan til enhver tid endres ensidig av tilsynet. Videre

⁵ Lov 19. mai 2006 nr. 16 om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentleglova).

⁶ Jf. Ot. prp. nr. 102 (2004-2005) side 109-110 og 155. Se også Geir Woxholth, *”Forvaltningsloven med kommentarer”*, 4. utgave (2006) side 351.

⁷ Jf. Ot. prp. nr. 102 (2004-2005) side 131.

⁸ Avtalen ble forlenget 1 år fra og med 14. oktober 2009.

skal forvalters forslag om hvilke tiltak som anses nødvendig for at Nortura skal overholde vilkårene i vedtaket godkjennes av tilsynet, jf. punkt 2.3. Forvalter er også pålagt å holde Konkurransetilsynet orientert om sin gjennomføring av oppdraget, jf. punkt 2.4. Konkurransetilsynet skal også ha kopi av forvalters korrespondanse i saken jf. punkt 2.5.

I instruksen fra Konkurransetilsynet punkt 2 gjennomgår tilsynet detaljert hva som er forvalters arbeidsoppgaver. Det følger også av punkt 2 siste avsnitt at forvalter må innhente samtykke fra tilsynet for å gjennomføre andre tiltak. Hvis det oppstår uenighet om vilkårene i vedtaket er overholdt, skal forvalter utarbeide en redegjørelse til Konkurransetilsynet. Denne skal inneholde en vurdering av om vilkårene er brutt og konkrete forslag til tiltak som kan gjennomføres for å sikre at disse blir etterlevd, jf. punkt 3. I punkt 4 er forvalter pålagt en utstrakt rapporteringsplikt til tilsynet. Forvalter skal blant annet utarbeide en periodisk rapport til Konkurransetilsynet hver sjette måned.

Forvalteravtalen og instruksen setter således klare rammer for forvalters muligheter til å opptre uavhengig og selvstendig i forhold til tilsynet. Oppdraget legger opp til et tett og fortrolig samarbeid mellom tilsynet og forvalter, der tilsynet er tillagt den overordnede beslutningskompetansen underveis i prosessen.

Tilsynet er ikke enig med klager i at hensynet bak forvaltningsloven § 18a ikke gjør seg gjeldende i foreliggende sak. Forvalterrapporten er en periodisk rapport hvor forvalter blant annet skal beskrive arbeidet som er gjort. Den skal også vurdere om Nortura har etterlevd vilkårene som er fastsatt i vedtaket. Videre skal den komme med eventuelle anbefalinger til Konkurransetilsynet om videre gjennomføring av overvåkingen av Norturas etterlevelse av vedtaket. Rapporten danner således grunnlaget for Konkurransetilsynets egne vurderinger av videre gjennomføring av oppdraget og eventuelle tiltak som må iverksettes. Det ligger i forvalteroppdragets natur, herunder utarbeidelse av forvalterrapporter, at det er behov for fortrolighet og internt samarbeid mellom tilsynet og forvalter med hensyn til en effektiv gjennomføring av oppdraget. Dette gjelder spesielt i forhold til drøftelser av hvilke kontrolltiltak som best egner seg for en effektiv overvåking av om Nortura overholder vedtaket. Forvalteroppdragets kontrollfunksjon er således avhengig av at Konkurransetilsynet og forvalter kan ha en fri dialog, herunder oversende dokumenter til hverandre, med mulighet for å unnta disse dokumentene helt eller delvis fra innsyn, hvis det foreligger behov for det i det konkrete tilfellet. Etter Konkurransetilsynets vurdering slår derfor hensynet til den frie dialog underveis i saksbehandlingen særlig til ved oversendelsen av en slik rapport fra forvalter til Konkurransetilsynet.

Konkurransetilsynet kan ikke se hvordan regelverket for god advokatskikk⁹ legger begrensninger på tilsynets instruksjonsmyndighet for gjennomføring av forvalter-

⁹ Forskrift 20. desember 1996 nr. 1161 til domstoloven kapittel 11 (advokatforskriften) kapittel 12.

oppdrag. Det avgjørende for instruksjonsretten må være at forvalter utleder sin kompetanse fra tilsynet gjennom vedtaket etter konkurranseloven § 16 og forvalteravtalen. Forholdet til de advokatetiske reglene vil ikke stille seg på annen måte for forvalter, enn for advokater som har et ansettelsesforhold til klienten. Dessuten vil forvalter ha mulighet til å frasi seg forvalteroppdraget. Konkurransetilsynet er derfor av den oppfatning at behandlingen av forvalter og Konkurransetilsynet som ett organ i relasjon til forvaltningsloven § 18a ikke kan anses for å være i strid med kravet til advokaters uavhengige stilling etter regelverket for god advokatskikk.

3.2 Tilsynet har foretatt interesseavveiningen etter forvaltningsloven § 18 annet ledd

Konkurransetilsynet mener å ha foretatt interesseavveiningen som følger av forvaltningsloven § 18 annet ledd. Behovet for unntak veier tyngre enn hensynet til partenes behov for innsyn i de opplysningene i forvalterrapporten som er unntatt fra innsyn.

Forvaltningsloven § 18 annet ledd ble innført i sammenheng med at offentleglova ble vedtatt. I forarbeidene fremkommer at bestemmelsen som utgangspunkt svarer til offentleglova § 11, med den forskjell at behovet for unntak må veies mot hensynet til parten og ikke hensynet til offentlig innsyn.¹⁰ Ved interesseavveiningen skal det vurderes om de hensyn som ligger bak unntaksbestemmelsen, gjør seg gjeldende i det konkrete tilfellet. Hvis disse ikke foreligger, bør det gis innsyn. Selv om hensynene gjør seg gjeldende, må det foretas en konkret vurdering av hvilke hensyn som taler for å gi innsyn. Dersom disse hensynene veier tyngre enn hensynet til å gjøre unntak, bør det også gis innsyn.¹¹

Tilsynet mener at det fremkommer utrykkelig av e-post 16. september 2009 at det har vurdert om det er grunnlag for å gi merinnsyn i forvalterrapporten. Tilsynet har også gitt Nortura innsyn i store deler av forvalterrapporten, selv om forvaltningsloven § 18a i utgangspunkt gir tilsynet hjemmel til å unnta hele rapporten fra innsyn.

I den konkrete interesseavveiningen har Konkurransetilsynet lagt vekt på at det foreligger et særlig behov for fortrolig kommunikasjon mellom tilsynet og forvalter. Dette gjelder hvilke tiltak som skal iverksettes for å gjennomføre en effektiv overvåking av at Nortura overholder vilkårene som er fastsatt i vedtaket. Etter Konkurransetilsynets vurdering slår derfor hensynet bak unntaket i forvaltningsloven § 18a, om den frie meningsbryting underveis i saksbehandlingen, særlig til ved oversendelsen av slike opplysninger fra forvalter til Konkurransetilsynet.

Konkurransetilsynet har av hensyn til Norturas behov for kontradiksjon, kun unntatt de opplysninger som det anser som nødvendige for å opprettholde en effektiv kontroll med

¹⁰ Jf. Ot. prp. nr. 102 (2004-2005) side 154.

¹¹ Jf. Ot. prp. nr. 102 (2004-2005) side 129.

at selskapet etterlever vilkårene i vedtaket. Opplysningene som er unntatt, omhandler forslag til mulige kontrolltiltak, som kan iverksettes for å oppnå dette formålet. Innsyn i disse opplysningene ville i vesentlig grad ha redusert effekten av tiltakene. Hensynet til å unnta disse opplysningene fra innsyn må derfor anses for å veie tyngre enn partens behov for innsyn og kontradiksjon omkring tiltakene. Det understrekes dessuten at partene på et senere tidspunkt vil få adgang til kontradiksjon i forhold til det som eventuelt avdekkes av de fremtidige kontrolltiltakene.

Tilsynet vil i denne sammenheng også gjøre departementet oppmerksom på at det foretok en grundig vurdering av hvilke opplysninger som skulle unntas partsoffentlighet. Tilsynet var blant annet i kontakt med forvalter i denne forbindelse. Forvalter anbefalte at flere av opplysningene skulle unntas partsinnsyn, enn den versjonen av forvalterrapporten tilsynet oversendte Nortura. Konkurransetilsynet la stor vekt på partenes behov for kontradiksjon i sine vurderinger.

Når det gjelder Norturas henvisning til FADs vedtak av 23. mai 2008, mener tilsynet at uttalelsen ikke er relevant i denne saken. Det er ikke aktuelt å unnta opplysninger i et varsel fra partsinnsyn i foreliggende sak.

Tilsynet viser til Norturas anførsel om at hensynet til partsoffentlighet gjør seg mer gjeldende i denne saken, fordi overtredelse av vilkårene i vedtaket kan medføre straff eller overtredelsesgebyr. Konkurransetilsynet mener imidlertid at hensynet til kontradiksjon er ivaretatt ved at partene på et senere tidspunkt vil få adgang til innsyn og kontradiksjon i forhold til det som eventuelt avdekkes av fremtidige kontrolltiltak.

3.3 Kravet til begrunnelse er oppfylt

Konkurransetilsynet mener å oppfylle kravene til begrunnelse i denne saken.

Tilsynet viser til forvaltningsloven § 3 første ledd om at loven § 25 kun gjelder for enkeltvedtak. Avslag på begjæring om dokumentinnsyn er ikke et enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b, ettersom det er tale om en prosessledende beslutning.¹² Kravet til begrunnelse etter forvaltningsloven § 25 gjelder således ikke for det delvis avslaget om innsyn i foreliggende sak.

Kravet til begrunnelse for avslag på dokumentinnsyn følger av forvaltningsloven § 21 første ledd. Her fremgår at avslaget skal være skriftlig, angi den bestemmelse som ligger til grunn for avslaget og hvilket ledd og hvilken bokstav i bestemmelsen som er brukt. Det skal i avslaget også opplyses om retten til å klage etter forvaltningsloven § 21 annet ledd og klagefristen etter § 29.

¹² Se blant annet Geir Woxholth *"Forvaltningsloven med kommentarer"*, 4. utgave (2006) side 406.

3.4 Innsyn i faktiske opplysninger m.v. – forvaltningsloven § 18 c

Tilsynet mener at opplysningene som er unntatt fra innsyn i forvalterrapporten, inneholder råd og vurderinger med hensyn til den fremtidige gjennomføringen av forvalteroppdraget, herunder forslag til tiltak for å kontrollere at Nortura overholder vilkårene som er fastsatt i vedtaket. Følgelig kommer ikke forvaltningsloven § 18c til anvendelse.

4. Departementets vurderinger

Under dette punkt vil departementet foreta en vurdering av vedtaket, klagers anførsler og tilsynets kommentarer til disse. Departementets vedtak i saken fremkommer av punkt 5 nedenfor.

4.1 Unntaket i forvaltningsloven § 18a

Departementet slutter seg i det alt vesentlige til Konkurransetilsynets vurderinger under punkt 3.1 ovenfor. FAD mener således at forvaltningsloven § 18 a kommer til anvendelse i denne saken, slik at tilsynet og forvalter er å anse som ett og samme organ i relasjon til bestemmelsen. Som en følge av dette, er forvalterrapporten å anse som et organinternt dokument som i utgangspunkt kan unntas fra partsinnsyn.

Departementet legger vekt på at forvalter er midlertidig knyttet til Konkurransetilsynet for utføringen av forvalteroppdraget, og at gjennomføringen av forvalteroppdraget er å anse som et oppdragsforhold. Vurderingen av om Konkurransetilsynet og forvalter kan anses som ett og samme organ, vil da avhenge av arten til oppdraget, mandatet og hvilken grad av fortrolighet og internt samarbeid det er lagt opp til mellom Konkurransetilsynet og forvalter.¹³

I denne vurderingen legger departementet, som tilsynet, vekt på at konkurranseloven § 16 femte ledd gir tilsynet en diskresjonær myndighet til å oppnevne en forvalter til "...å *bistå*..." ved gjennomføringen av inngrep mot foretakssammenslutninger. Bestemmelsen åpner for å gi nærmere regler om forvalters stilling i forskrift. Det har departementet gjort i forvalterforskriften. I sistenevnte går det fram av § 3 at det er Konkurransetilsynet som oppnevner forvalter til å "...*bistå*..." ved gjennomføringen av inngrepsvedtaket. I merknaden til denne bestemmelsen er det presisert at "*Forvalter opptre således på vegne av tilsynet med sikte på å effektivisere gjennomføringen av vedtaket.*" Departementet legger også vekt på omtalen av ordningen med forvalter i forarbeidene til konkurranseloven av 2004, jf. Ot. prp. nr. 6 (2003 -2004) punkt 7.8 og side 230 til støtte for dette syn.

I denne saken er forvalteroppdraget også regulert nærmere i avtale om forvalteroppdrag og instruks fra tilsynet, som begge legger opp til et tett og fortrolig samarbeid med tilsynet ved gjennomføringen av oppdraget. Forvalteravtalen og instruksjonen setter således klare rammer med hensyn til forvalters muligheter til å opptre uavhengig og

¹³ Jf. Ot. prp. nr. 102 (2004-2005) side 131.

selvstendig i forhold til tilsynet. Konkurransetilsynet er også tillagt den overordnede beslutningskompetansen underveis i prosessen.

Det ligger i forvalteroppdragets natur, herunder utarbeidelse av forvalterrapporter, at det er behov for fortrolighet og internt samarbeid mellom tilsynet og forvalter med hensyn til en effektiv gjennomføring av oppdraget. Dette gjelder spesielt i forhold til drøftelser rundt hvilke kontrolltiltak som best egner seg for en effektiv overvåkning av om Nortura overholder vedtaket. Forvalteroppdragets kontrollfunksjon er således avhengig av at Konkurransetilsynet og forvalter kan ha en fri dialog. Det er blant annet nødvendig at disse kan oversende dokumenter til hverandre, med mulighet for å gjøre unntak fra helt eller delvis innsyn, hvis det foreligger behov for dette i det konkrete tilfellet. Etter departementets vurdering slår derfor hensynet til den frie dialog i et internt samarbeid underveis i saksbehandlingen særlig til ved oversendelsen av en slik rapport fra forvalter til Konkurransetilsynet.

I likhet med tilsynet kan departementet ikke se hvordan klagers anførsel om regelverket for god advokatskikk, eller Høyesteretts praksis, kan føre til begrensninger i tilsynets instruksjonsmyndighet for gjennomføring av forvalteroppdraget i denne saken.

4.2 Interesseavveiningen etter forvaltningsloven § 18 annet ledd

Departementet slutter seg i det alt vesentlige til Konkurransetilsynets vurderinger under punkt 3.2 ovenfor. FAD mener således at tilsynet har foretatt interesseavveiningen som følger av forvaltningsloven § 18 annet ledd, jf også e-posten av 16. september 2009. Departementet er enig i tilsynets vurdering av at behovet for unntak veier tyngre enn hensynet til partenes behov for innsyn i de opplysningene i forvalterrapporten som er unntatt fra innsyn.

Ved interesseavveiningen skal det vurderes om de hensyn som ligger bak unntaksbestemmelsen gjør seg gjeldende i det konkrete tilfellet. Hvis disse ikke foreligger, bør det gis innsyn. Selv om hensynene gjør seg gjeldende, må det foretas en konkret vurdering av hvilke hensyn som taler for å gi innsyn. Dersom disse hensynene veier tyngre enn hensynet til å gjøre unntak, bør også innsyn gis.¹⁴ Det skal bare gjøres unntak *"...i tilfelle der det er eit verkeleg og sakleg behov for det..."*¹⁵

I den konkrete interesseavveiningen har tilsynet lagt vekt på at det foreligger et særlig behov for fortrolig kommunikasjon med forvalter. Dette gjelder særlig i forhold til hvilke tiltak som skal iverksettes for å gjennomføre en effektiv overvåkning av om Nortura overholder vilkårene som er fastsatt i vedtaket. Etter departementets mening slår derfor hensynet bak unntaket i forvaltningsloven § 18a, om den frie meningsbryting underveis i saksbehandlingen, særlig til ved oversendelsen av slike opplysninger fra forvalter til Konkurransetilsynet.

¹⁴ Jf. Ot. prp. nr. 102 (2004-2005) side 129.

¹⁵ Jf. Sivilombudsmannen Årsmelding 2005 s. 100 og Ot. prp. nr. 102 (2004-2005) side 41 og 129.

Av hensyn til Norturas behov for kontradiksjon har tilsynet kun unntatt de opplysninger som det anser som nødvendig for å opprettholde en effektiv kontroll med etterlevelsen av vilkårene i vedtaket. Departementet har gjennomgått opplysningene som tilsynet har unntatt, og mener at disse omhandler forslag til mulige kontrolltiltak som kan i verksettes. I likhet med tilsynet mener også departementet at innsyn i disse opplysningene i vesentlig grad ville ha redusert effekten av tiltakene. Videre mener departementet som tilsynet at partene på et senere tidspunkt vil få adgang til kontradiksjon i forhold til det som eventuelt avdekkes av de fremtidige kontrolltiltakene.

4.3 Kravet til begrunnelse

Departementet slutter seg i det alt vesentlige til Konkurransetilsynet vurderinger under punkt 3.3 ovenfor. Kravet til begrunnelse for avslag på dokumentinnsyn følger av forvaltningsloven § 21 første ledd. Etter departementets vurdering har tilsynet oppfylt kravet til begrunnelse i denne saken, i samsvar med vilkårene som følger av denne bestemmelsen.

4.4 Innsyn i faktiske opplysninger m.v. – forvaltningsloven § 18 c

Som tilsynet, jf. ovenfor i punkt 3.4, mener departementet at opplysningene som er unntatt fra innsyn i forvalterrapporten, inneholder råd og vurderinger om den fremtidige gjennomføringen av forvalteroppdraget. Det gjelder forslag til tiltak for å kontrollere at Nortura overholder de vilkårene som er fastsatt i vedtaket. Således har ikke Nortura rett til å gjøre seg kjent med disse med hjemmel i forvaltningsloven § 18c.

5. Departementets vedtak

Klagen fra Nortura SA over Konkurransetilsynets delvis avslag på begjæring om partsinnsyn av 16. september 2009 tas ikke til følge.

Med hilsen

Jan A. Halvorsen (e.f.)
ekspedisjonssjef

Steinar Undrum
avdelingsdirektør

Kopi: Konkurransetilsynet.