



DET KONGELIGE FORNYINGS-,  
ADMINISTRASJONS- OG KIRKEDEPARTEMENT

BAHR - Bugge, Arentz-Hansen & Rasmussen advokatfirma  
Harald K. Selte  
Postboks 1524 Vika  
0117 OSLO

Deres ref.  
#3554687

Vår ref.  
12/2783-TCH

Dato  
07.12.12

## Klage fra Nets Norway AS over Konkurransetilsynets delvise avslag på begjæring om partsinnsyn

### 1. Sakens bakgrunn

Det vises til klage av 16.07.12 fra Nets Norway AS ("klager") ved Advokatfirmaet BA-HR over Konkurransetilsynets delvise avslag på begjæring om partsinnsyn av 26.06.12. Klagen ble oversendt Fornyings-, administrasjons og kirke departementet ved Konkurransetilsynets brev av 17.09.12.

Klager begjærte 15.06.12 innsyn i dokumentet "*Rapport nr. 5 fra Forvalter til Konkurransetilsynet*" av 30.05.12 ("*forvalterrapporten*"). Rapporten er utformet i forbindelse med forvalteroppdraget i tilknytning til gjennomføringen av Konkurransetilsynets vedtak V2007-17. Konkurransetilsynet avsto 26.06.12 begjæring om innsyn for deler av dokumentet med hjemmel i forvaltningsloven<sup>1</sup> § 18a, da dokumentet ble vurdert å være organinternt. Det ble gitt innsyn i faktiske opplysninger, sammendrag og annen bearbeidelse av faktum i dokumentet i tråd med forvaltningsloven § 18c.

Konkurransetilsynet har vurdert klagen og kommet til at den ikke fører frem. Klagen er oversendt departementet som rett instans for videre behandling, jfr. forvaltningsloven §§ 21, 33 fjerde ledd og 28 første ledd. Departementet legger til grunn at klagen er fremsatt rettidig jfr. forvaltningsloven § 29.

### 2. Klagers anførsler

#### 2.1 Forvalter og Konkurransetilsynet er ikke samme organ

Klager starter med å gi en fremstilling av sakens faktum, og viser til at praksisen for innsyn i forvalterrapporter er endret siden 2008. Utfallet av klagesaken vil etter klagers oppfatning

---

<sup>1</sup> Lov 10. februar 1967 nr. 00 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).

også få anvendelse for forrige forvalterrapport hvor innsyn ble nektet. Klager anfører at det ikke kan nektes innsyn i forvalterrapporten med hjemmel i forvaltningsloven § 18a da dokumentet ikke er et organinternt dokument, fordi forvalter og Konkurransetilsynet ikke kan anses som ett og samme organ.

Det vises til at adgangen til å anse utenforstående som en del av et organ etter forvaltningsloven § 18a er snever. Klager viser til forarbeidene<sup>2</sup> som sier det må foretas en konkret vurdering av "oppdraget, mandatet og kva grad av fortrulegheit og internt samarbeid med organet" i avgjørelsen om en utenforstående kan regnes som en del av et organ. Denne vurderingen må i følge klager skje i lys av den generelle adgangen til å unnta de råd og vurderinger et organ innhenter utenfra til den interne saksforberedelsen etter forvaltningsloven § 18b annet ledd og offentleglova<sup>3</sup> § 15 annet ledd. Her vises det igjen til forarbeidene som sier at hensynene bak bestemmelsen om unntak fra innsyn for organinterne dokument ofte ikke gjør seg gjeldende for dokumenter som kommer utenfra til den interne saksforberedelsen i et organ. Forarbeidene gir etter klagers oppfatning støtte til at det er hjemmelen i forvaltningsloven § 18b annet ledd og offentleglova § 15 annet ledd som er ment å gjelde eksterne rådgivere. Videre vises det til at det er dialog mellom oppdragsgiver og rådgiver ikke er tilstrekkelig for å kunne anse oppdragstaker som en del av organet. Ulike typer korrespondanse kan derfor tolkes inn under enten forvaltningsloven § 18a eller § 18b.

Videre vises det til departementets vedtak av 09.05.10 hvor en forvalterrapport ble ansett for omfattet av unntaket i forvaltningsloven § 18a. Klager mener at avgjørelsen ikke belyste alle de relevante momentene i vurderingen, og at disse ville ledet til et annet resultat.

Det vises til at forvalteren selv organiserer sitt arbeid etter rammen som dannes av mandat og instruks fra Konkurransetilsynet, og forvalteren avgir selvstendige vurderinger i forvalterrapportene. Rapporten fra forvalteren utgjør etter klagers vurdering en uavhengig, konkluderende og selvstendig vurdering fra en ekstern rådgiver, som ikke er førende for Konkurransetilsynets saksbehandling. Dette gjør at forvalterrapporten må anses for å være innhentet utenfra slik at dokumentet ikke er organinternt. Det kan etter dette ikke legges vekt på ordlyden i konkurranseloven<sup>4</sup> og forvalterforskriften<sup>5</sup> om at forvalter skal "bistå" Konkurransetilsynet, men man må se på realiteten i forvaltningsoppdraget og forvalterens faktiske rolle. Det pekes også på at forvalter ikke mottar sitt vederlag av Konkurransetilsynet, men av sakens parter, noe som også trekker i retning av at forvalter ikke kan regnes som samme organ som Konkurransetilsynet. Klager mener at forvalterrapporter bør vurderes etter forvaltningsloven § 18b, ikke § 18a, og at denne bestemmelsen kan ivareta hensynene departementet trekker frem som viktige i vedtaket av 09.05.10.

## **2.2 Merinnsyn etter forvaltningsloven § 18 annet ledd**

Subsidiært anfører klager at Konkurransetilsynet burde gitt merinnsyn i forvalterrapporten etter forvaltningsloven § 18 annet ledd.

---

<sup>2</sup> Ot.prp nr. 102 (2004-2005) s. 131.

<sup>3</sup> Lov 19. mai 2006 nr. 16 om rett til innsyn i dokument i offentlig virksomhet (offentleglova).

<sup>4</sup> Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll mellom foretakssammenslutninger (konkurranseloven).

<sup>5</sup> Forskrift 15. september 2008 nr 1021 om forvalter.

Klager kan ikke se at det foreligger sterke hensyn som tilsier at det ikke kan gis merinnsyn i forvalters rapport, eventuelt med unntak for de deler som utgjør forvalters forslag til fremtidige kontrolltiltak. I denne sammenhengen pekes det på hensynet til kontradiksjon tilsier at klager bør få innsyn i vurderingene og konklusjonene forvalter forelegger Konkurransetilsynet. Dette vil sikre en effektiv etterlevelse av vedtaket. Det er også vanskelig for klager å se at innsyn vil være skadelig for Konkurransetilsynets saksbehandling, da forvalters konklusjoner og vurderinger ikke vil legge føringer på Konkurransetilsynets saksbehandling. Rapporten utgjør heller ikke den delen av meningsbrytningen som forvaltningsloven § 18a er ment å beskytte. Klager peker også på at det ikke er vist til noen konkret skadelig effekt av å gi innsyn i forvalters vurderinger. Forvalter opptrer på partenes regning, noe som tilsier at det i størst mulig utstrekning bør være transparent rundt forvalters arbeid overfor sakens parter. På denne bakgrunn mener klager at det bør gis merinnsyn i forvalterrapporten etter forvaltningsloven § 18 annet ledd.

Klager har i e-post av 22.10.12 kommentert Konkurransetilsynets oversendelsesbrev. Her pekes det på at i sak OJ C166/17 som Konkurransetilsynet viser til ble det faktisk gitt innsyn i den aktuelle forvalterrapporten. Det ble også vist til at Konkurransetilsynet vurderer hele forvalteroppdraget som sådan og ikke om dokumentet skal anses som et organinternt dokument eller ikke.

### **3. Konkurransetilsynets vurdering av klagen**

#### **3.1 Konkurransetilsynet og forvalter er samme organ**

Konkurransetilsynet konkluderer prinsipalt med at Konkurransetilsynet og forvalter kan anses som samme organ slik at unntaket i forvaltningsloven § 18a får anvendelse.

Konkurransetilsynet er ikke enig i at forarbeidene til offentleglova gir grunnlag for å utlede at adgangen til å anse en utenforstående som en del av et organ er snever. Det følger av forarbeidene at dette må bero på en konkret vurdering om en oppdragstaker kan anses som en del av et organ.

Forvalters oppgave er å føre løpende kontroll med at klager oppfyller vilkårene i Konkurransetilsynets vedtak V2007-17. Forvalter skal altså bistå Konkurransetilsynet, og både mandatet og instruksen forutsetter et tett og fortrolig samarbeid mellom forvalter og Konkurransetilsynet. Det vises til at instruksene til forvalteren kan endres ensidig av Konkurransetilsynet.

Mandatet og instruksene setter rammene for forvalters mulighet til å opptre uavhengig og selvstendig. Dette ble også vektlagt av departementet i vedtak av 09.03.10 hvor konklusjonen ble at forvalter og Konkurransetilsynet måtte regnes som samme organ. Videre viser Konkurransetilsynet til at det i praksis er et tett og fortrolig samarbeid mellom forvalter og Konkurransetilsynet, hvor hensynet bak § 18a om fri meningsbrytning i en tidlig fase av saksforberedelsen gjør seg gjeldende. I forbindelse med utformingen av rapporten har forvalter hatt kontakt med Konkurransetilsynet om flere ting som danner grunnlag for selve rapporten. Forvalterrapporten danner grunnlaget for Konkurransetilsynets egne vurderinger av videre gjennomføring av oppdraget og eventuelle tiltak som må iverksettes. Etter Konkurransetilsynets oppfatning må dokumentet kunne sammenlignes med et internt prioriteringsnotat for den videre saksbehandlingen. Arbeidet forvalteren utfører utgjør dermed en integrert del av Konkurransetilsynets saksbehandling når det gjelder oppfølging av vedtaket.

Det pekes også på at fortrolighet og internt samarbeid er viktig for å få gjennomført oppdraget på en effektiv måte. Særlig gjelder dette drøftelse av hvilke kontrolltiltak som er best egnet i saken. Forvalteroppdragets kontrollfunksjon er således avhengig av en fri dialog mellom Konkurransetilsynet og forvalter. Det vises til EU-retten hvor kommunikasjon mellom Europakommisjonen og forvalter regnes som organintern, og er således unntatt innsyn.

Konkurransetilsynet er ikke enig med klager i at hvem som dekker vederlaget til forvalter har betydning for om disse kan regnes som samme organ eller ikke. Også her vises det til ordningen i EU-retten hvor partene må dekke kostnadene til forvalter, og kommunikasjonen mellom forvalter og Kommisjonen regnes som organintern.

Dersom kommunikasjon mellom forvalter og Konkurransetilsynet ikke kan unntas fra innsyn vil dette kunne undergrave forvalterordningens effektivitet, og føre til at ordningen ikke blir benyttet i samme grad i fremtiden.

### **3.2 Subsidiært kan rapporten unntas etter forvaltningsloven § 18 b annet ledd**

Subsidiært anfører Konkurransetilsynet at opplysningene i forvalterrapporten kan unntas etter forvaltningsloven § 18b annet ledd dersom departementet ikke finner at § 18a får anvendelse.

Rapporten er innhentet til intern saksforberedelse, og inneholder opplysninger som utgjør råd og vurderinger omfattet av forvaltningsloven § 18b. Unntak fra innsyn i planlagte kontrolltiltak og forvalters vurderinger er påkrevd av hensyn til en forsvarlig ivaretagelse av det offentlige interesser i saken.

### **3.3 Merinnsyn**

Konkurransetilsynet har vurdert om partene burde få innsyn i de unntatte opplysningene i forvalterrapporten etter forvaltningsloven § 18 annet ledd.

Klager har fått tilgang til de delene av forvalterrapporten som inneholder faktiske opplysninger, sammendrag og annen bearbeidelse av faktum, jfr. forvaltningsloven § 18c. Hensynet til klagers behov for kontradiksjon er derfor ivarettatt. De unntatte opplysningene vil kunne gi indikasjon på fremtidig kontroll med overholdelse av vilkårene. Merinnsyn vil således kunne redusere effekten av overvåkningsordningen i sin helhet.

Det at færre opplysninger er unntatt fra innsyn hos partene i andre saker eller tidligere i denne saken medfører ikke at Konkurransetilsynet er forpliktet til å gi tilsvarende innsyn i alle dokumenter eller saker. Dette må bero på en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.

Konkurransetilsynet konkluderer med at behovet for unntak veier tyngre enn hensynet til partenes behov for innsyn i de unntatte opplysningene i forvalterrapporten.

### **3.4 Begrunnelse for avslag om innsyn**

Etter Konkurransetilsynets vurdering er begrunnelsesplikten etter forvaltningsloven § 21 første ledd oppfylt. Det ble gitt et skriftlig avslag på innsynsbegjæringen med hjemmel for avslaget, og informasjon om klagerett og klagefrist.

#### 4. Departementets vurdering

##### 4.1 Anvendelsen av forvaltningsloven § 18a

Forvaltningsloven § 18a første ledd første punktum lyder:

*”En part har ikke krav på å gjøre seg kjent med dokument som et forvaltningsorgan har utarbeidd for sin egen interne saksforberedelse (organinterne dokumenter).”*

Bestemmelsen bygger på offentleglova § 14, og er et unntak fra hovedregelen i forvaltningsloven § 18 om at en part skal ha mulighet til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter. Bakgrunnen for unntaket er at innsyn i slike dokumenter vil kunne virke hemmende for saksbehandlingen. For å få behandlet en sak på best mulig måte er det viktig å kunne få frem mothensyn og avvikende synsmåter internt i organet, før noe presenteres utad. Dette kommer også frem i forarbeidene til offentleglova § 14.<sup>6</sup>

Problemstillingen i denne saken er om forvalter og Konkurransetilsynet kan regnes som ett og samme organ, og om den aktuelle forvalterrapporten kan regnes som et organinternt dokument. Utgangspunktet er at en organisasjon som utad fremstår som en selvstendig enhet må regnes som ett organ, jfr. forarbeidene til offentleglova,<sup>7</sup> samt Justisdepartementets *”Rettleiar til offentleglova”* side 92.

Om eksterne tjenesteleverandører med midlertidig tilknytning til et organ kan regnes som en del av dette organet avhenger av en konkret vurdering av *”arten til oppdraget, mandatet og kva grad av fortulegheit og internt samarbeid med organet som det er lagt opp til”*.<sup>8</sup> I de tilfellene der et oppdragsforhold med organet er så tett integrert i organets arbeid at hensynene § 14 beskytter gjør seg gjeldende, vil bestemmelsen anvendes slik at dokumenter utarbeidet utenfor det som vanligvis anses for ett organ må regnes som organinterne. Det er derfor det må gjøres en konkret vurdering av om det aktuelle forholdet kommer inn under forvaltningsloven § 18a, før man eventuelt vurderer om forholdet kommer inn under andre bestemmelser, for eksempel § 18b.

Departementet har kommet til at forvalter må regnes som samme organ som Konkurransetilsynet i denne saken, slik departementet også kom til i vedtaket av 09.03.10.

En forvalter er midlertidig tilknyttet Konkurransetilsynet gjennom et oppdragsforhold. Oppdragets art, mandatet og graden av fortrolighet og arten av samarbeidet mellom forvalter og Konkurransetilsynet er derfor avgjørende for departementets vurdering.

En forvalter skal etter konkurranseloven § 16 femte ledd *”bistå [Konkurransetilsynet] ved gjennomføringen av vedtak om inngrep.”* Dette følger også av forvalterforskriften som regulerer forvalters stilling nærmere. Som det vises til i departementets vedtak av 09.03.10 på side 10 opptrer forvalter på vegne av Konkurransetilsynet med sikte på å effektivisere gjennomføringen av vedtaket. Dette var tidligere presisert i forskriftsmerknadene.

---

<sup>6</sup> Ot.prp nr. 102 (2004-2005) s. 45 annen spalte.

<sup>7</sup> Ot.prp nr. 102 (2004-2005) s. 46 første spalte.

<sup>8</sup> Ot.prp nr. 102 (2004-2005) s. 131 første og annen spalte.

Forvaltermandatet og instruksene setter opp rammen for samarbeidet mellom Konkurransetilsynet og forvalter. Denne rammen setter også grenser for forvalters mulighet til å opptre selvstendig og uavhengig i forhold til Konkurransetilsynet.

Som Konkurransetilsynet peker på legger forvaltermandatet og instruksene i denne saken opp til et tett samarbeid mellom Konkurransetilsynet og forvalter. Den faktiske kontakten har også vært tett vedrørende ulike forberedelser til utformingen av den aktuelle forvalterrapporten. Det at vederlaget etter loven dekkes av parten, og ikke av Konkurransetilsynet er ikke avgjørende for om forvalteren kan regnes som samme organ som Konkurransetilsynet. Det er det totale bildet av tilknytningen som må vurderes. I denne saken fungerer forvalteren som en forlengelse av Konkurransetilsynet, og bidrar til en effektiv håndhevelse av V2007-17. På denne bakgrunn har departementet kommet til at forvalteren i denne saken må regnes som samme organ som Konkurransetilsynet.

For at forvalterordningen skal fungere som en effektiv kontrollfunksjon er det viktig at forvalter og Konkurransetilsynet kan ha en fri dialog, med mulighet for å unnta denne fra innsyn, uavhengig av formen dialogen skjer i. Etter departementets vurdering vil innsyn i forvalterrapporten kunne legge demper på den frie dialogen internt i samarbeidet underveis i saksbehandlingen. Rapporten er også utarbeidet som en del av Konkurransetilsynets saksbehandling, den er et viktig ledd i vurderingen av den videre gjennomføringen av oppdraget, og av om eventuelle tiltak skal iverksettes. Konkurransetilsynet sammenligner forvalterrapporten med et prioriteringsnotat for den videre saksbehandlingen. Etter departementets vurdering gjør hensynene som begrunner unntaket fra innsyn i organinterne dokumenter seg gjeldene for den aktuelle forvalterrapporten. Denne kan således unntas fra innsyn med hjemmel i forvaltningsloven § 18a.

Når det gjelder Konkurransetilsynets henvisning til sak OJ C166/7 er det korrekt som klager peker på at Microsoft fikk innsyn i forvalters rapporter i denne saken. Øvrig korrespondanse mellom forvalter og Kommisjonen ble det ikke gitt innsyn i, da denne ble regnet som organintern. Departementet bemerker at den aktuelle saken dreier seg om oppfølgingen etter en avdekket overtredelse av TEU artikkel 102 og EØS-avtalen artikkel 54, ikke en fusjonssak som i vår sak. Det er således andre hensyn som må vurderes i forhold til innsyn, her var innsyn blant annet viktig for foretakets mulighet til å forsvare seg.

Selv om departementet er enig med Konkurransetilsynet om hjemmelen for å unnta opplysninger i forvalterrapporten, er det likevel noen opplysninger unntatt i den partsoffentlige versjonen som det ikke er adgang til å unnta. Dette gjelder enkelte av de unntatte opplysningene på side 13 og 14. Disse opplysningene er allerede kjent for parten, og skulle ikke vært unntatt fra innsyn.

Opplysningene som ikke skal unntas på side 13 er tilgjengelig for parten i tidligere forvalterrapporter som er tilgjengelig for parten. På side 14 er opplysninger som fremgår usladdet på siden foran, samt korrespondanse fra parten unntatt fra innsyn.

En ny partsoffentlig versjon av forvalterrapporten ligger vedlagt.

#### **4.2. Vudering av merinnsyn**

Etter forvaltningsloven § 18 annet ledd skal forvaltningsorganet vurdere å gi helt eller delvis innsyn når det er adgang til å gjøre unntak for innsyn. Departementet har vurdert opplysningene Konkurransetilsynet har unntatt, og funnet at det ikke bør gis merinnsyn i disse opplysningene. Innsyn vil være til skade for hensynene som søkes beskyttet i forvaltningsloven § 18a.

#### **4.3. Konkurransetilsynets begrunnelse for avslag på innsynsbegjæring**

Departementet slutter seg i det vesentlige til Konkurransetilsynets vurdering som omtalt i punkt 3.4 over. Etter departementets vurdering har Konkurransetilsynet oppfylt kravene i offentleglova § 21 til begrunnelse for avslag på innsynsbegjæringen av 26.06.12.

#### **5. Departementets konklusjon og vedtak**

*Klagen fra Nets Norway av 16.07.12 over Konkurransetilsynets delvise avslag på begjæring om partsinnsyn tas delvis til følge.*

Med hilsen

Nils-Ola Widme  
Avdelingsdirektør (e.f.)

Tone Cecilie Høgestøl  
rådgiver

Kopi: Konkurransetilsynet