



DET KONGELIGE
NÆRINGS- OG FISKERIDEPARTEMENT

Advokatfirmaet Thommessen AS
Postboks 1484 Vika
0116 Oslo

Deres ref
8363188/1

Vår ref
15/2338-2

Dato
03.07.15

Klage på delvis avslag om partsinnsyn i sak hos Konkurransetilsynet - spørsmål om innsyn i interne notater i Konkurransetilsynets sak 2011/0077

1. INNLEDNING

Det vises til klage av 19. februar 2015 fra Telenor, representert ved Advokatfirmaet Thommessen AS, over Konkurransetilsynets delvise avslag på begjæring om innsyn i dokumenter i tilsynets sak 2011/0077 Telenor ASA – klage fra TDC. Konkurransetilsynet fant ikke grunn til å omgjøre avslaget og oversendte derfor saken til departementet for klagebehandling ved brev datert 29. april 2015.

Klagen gjelder to notater utarbeidet for Konkurransetilsynets interne saksbehandling. Klager anfører at det ikke er grunnlag for å nekte innsyn og ber om at innsynsbejæringen tas til følge. Klager påpeker at det er over tre år siden dokumentene ble opprettet og saken avsluttet og at eventuelle skadevirkninger av innsyn derfor må anses betydelig redusert. Uansett krever klager innsyn i de faktiske opplysningene i dokumentene.

2. RETTLIG UTGANGSPUNKT

I følge forvaltningsloven § 18a første ledd første punktum har en part "*ikke krav på å gjøre seg kjent med dokument som et forvaltningsorgan har utarbeidet 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.

Når det er adgang til å unnta et dokument fra innsyn, skal forvaltningsorganet vurdere om

innsyn likevel skal gis, helt eller delvis, jf. forvaltningsloven § 18 annet ledd. Innsyn bør gis dersom hensynet til parten veier tyngre enn behovet for unntak. Det følger videre av § 18c at dersom et dokument er unntatt etter § 18a, *“har parten rett til å gjøre seg kjent med de deler av det som inneholder faktiske opplysninger eller sammendrag eller annen bearbeidelse av faktum. Dette gjelder likevel ikke faktiske opplysninger uten betydning for avgjørelsen og heller ikke når opplysningene eller bearbeidelsen finnes i et annet dokument som parten har tilgang til.”*

3. DEPARTEMENTETS VURDERING

Klagen gjelder avslag på begjæring om innsyn i to dokumenter, dokument 15 og 16 i Konkurransetilsynets sak 2011/0077 Telenor ASA – klage fra TDC. Saken gjaldt en klage fra TDC AS om angivelig utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling fra Telenors side. Konkurransetilsynet fant etter en konkret vurdering ikke å kunne prioritere ytterligere ressurser på saken og avslo derfor anmodningen fra TDC etter dagjeldende § 12 tredje ledd i konkurranseloven. Avslaget ble ikke påklaget.

Advokatfirmaet Thommessen anmodet, på vegne av Telenor, om innsyn i saksloggen samt dokument 10, 15 og 16. Det ble gitt innsyn i saksloggen og dokument 10, mens innsynsbejæringen ble avslått for dokument 15 og 16.

Klagen gjelder to dokumenter, begge betegnet prioriteringsnotat av tilsynet, av henholdsvis 9. februar og 5. oktober 2011. I notatene gir saksbehandleren sin beskrivelse og vurdering av en del problemstillinger i saken, med hovedvekt på markedsavgrensningen og påstanden om utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling.

Dokumentene er begge utarbeidet av saksbehandler for bruk i den interne saksbehandlingen. Det er etter departementets mening ikke tvil om at dokumentene er interne dokumenter etter forvaltningsloven § 18a og at de således faller inn under unntaket fra partsinnsyn. Selv om det er adgang til å gjøre unntak, skal det likevel vurderes å gi helt eller delvis innsyn (merinnsyn), jf. forvaltningsloven § 18 annet ledd. Innsyn bør gis dersom hensynet til parten veier tyngre enn behovet for unntak.

Departementet mener at de to dokumentene saken gjelder er i kjerneområdet for unntaket for interne dokumenter. Det er to notater fra saksbehandler til sine overordnede i tilsynet. De gir en beskrivelse av faktum i saken, hvilke problemstillinger saken reiser og saksbehandlers foreløpige vurderinger av enkelte spørsmål. Bakgrunnen for bestemmelsen om adgang til å gjøre unntak for interne dokumenter er å sikre en betryggende saksbehandling. For å sikre en mest mulig forsvarlig og effektiv saksbehandling i beslutningsorganet, er det viktig å ha en fortrolig sfære hvor alle sider av saken kan diskuteres åpent. Departementet vil også understreke at de aktuelle notatene ikke har en slik form at de egner seg for fremleggelse utenfor organet. Interne notater har som oftest ikke samme kvalitet, og har ikke vært kvalitetssikret på samme måte, som det endelige vedtaket. Det er vanskelig, og heller ikke ønskelig, å gi alle interne notater og merknader en form og oppbygging som gjør dokumentene egnet for presentasjon utad. Saksbehandleren vil ofte arbeide under stort tidspress og kan derfor ikke ventes å finpusse alt som skrives i forberedende notater. Interne

notater utarbeidet som ledd i en muntlig eller skriftlig intern diskusjon om videre behandling av saken kan dessuten være foreløpige og gi et ufullstendig uttrykk for organets samlede vurdering av saken. Utstrakt innsyn i organinterne dokumenter vil derfor kunne virke hemmende for den frie meningsutvekslingen internt i organet, og dermed både forsinke og redusere kvaliteten på arbeidet med sakene. Selv om merinnsyn skal vurderes konkret for det enkelte dokument, er det viktig å vurdere virkningen av merinnsyn på forvaltningsorganets avgjørelsesprosesser i fremtidige saker. Innsyn i denne saken vil kunne gjøre saksbehandlerne i fremtidige saker mer tilbakeholdne med å gi fritt uttrykk for sitt syn og sine vurderinger i interne dokumenter. Og dersom interne notater alltid skal måtte gis en form og kvalitet som gjør det egnet til å presenteres utad, vil saksbehandlingen bli mer omstendelig og ressurskrevende.

Klager har vist til at saken for lengst er avsluttet hos Konkurransetilsynet, og at notatene det begjæres innsyn i er fra 2011. Etter klagers mening vil eventuelle skadevirkninger ved innsyn anses betraktelig redusert. Tidspunktet vil etter departementets syn kunne ha betydning ved vurderingen av om det skal gis merinnsyn i interne dokumenter. Generelt vil behovet for unntak fra innsyn være større før saken er avsluttet. Bakgrunnen for unntaket for interne dokumenter er imidlertid i hovedsak de langsiktige skadevirkningene av innsyn i interne dokumenter og dette må tillegges betydelig vekt ved dokumenter med interne drøftinger og prioriteringsvurderinger, slik som de to dokumentene denne saken handler om.

Departementet mener at de hensyn som begrunner unntak for innsyn i interne dokumenter, i dette tilfellet hensynet til de interne beslutningsprosessene i Konkurransetilsynet, ikke er blitt særlig svekket av tiden som er gått siden de ble utarbeidet. Departementet mener også at disse hensynene veier tyngre enn klagers interesse i å få innsyn i dokumentene. Det trekker i samme retning at siden saken er avsluttet, har merinnsyn ikke betydning for kontradiksjon. Departementet vil derfor ikke gi innsyn i dokumentene etter reglene om merinnsyn i forvaltningsloven § 18 annet ledd.

Klager har subsidiært anmodet om å få innsyn i de faktiske opplysningene i dokumentene jf. forvaltningsloven § 18c som gir *"parten rett til å gjøre seg kjent med de deler av det som inneholder faktiske opplysninger eller sammendrag eller annen bearbeidelse av faktum."* Dersom de faktiske opplysningene er uten betydning for avgjørelsen eller opplysningene finnes i et annet dokument som parten har tilgang gjelder dette likevel ikke.

Dokumentene som klagen gjelder inneholder lite faktiske opplysninger, men er hovedsakelig en teoretisk drøftelse av markedsavgrensning og vilkårene for utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. De faktiske forhold som finnes i dokumentene er klager allerede gjort kjent med gjennom oversendelse av tilsynets avgjørelse A2011-48 (avslag på anmodning om å gripe inn mot Telenor).

Nærings- og fiskeridepartementet har på denne bakgrunn truffet følgende vedtak:

Klage over avslag på innsynsbegjæring i sak 2011/77 Telenor ASA – klage fra TDC AS tas ikke til følge.

Med hilsen

Nils-Ola Widme (e.f.)
avdelingsdirektør

Christina Erichsen Grindal
seniorrådgiver

Konkurransetilsynet