

Aftenposten
v/Siri Gedde Dahl
Postboks 1
0051 Oslo

Deres referanse
2003/930

Vår referanse
200702526-/KKI

Dato
13. november 2007

Klage over avslag på begjæring om innsyn i Konkurransetilsynets sak 2003/930

Fornyings- og administrasjonsdepartementet (FAD) viser til Deres henvendelse til Sivilombudsmannen av 31. august 2007 med besværing over tilsynets saksbehandlingstid og avgjørelse 22. juni i år, og senere samtaler og e-poster, senest Deres e-post av 3. oktober og departementets e-post av 11. oktober samt etterfølgende samtale. Videre vises til Sivilombudsmannens brev av 10. september, der henvendelsen fra Aftenposten og Redaktørforeningen oversendes til FAD som klageinstans, under henvisning til at klageadgangen må være utnyttet før ombudsmannen vil behandle klagen. Endelig vises til Konkurransetilsynets avgjørelse 13. september i år vedrørende resten av dokumentene i sak 2003/930 og tilsynets brev datert 20. september 2007 til FAD hvor tilsynet kommenterer klagen på avgjørelsen av 22. juni og i hovedsak opprettholder sin vurdering vedrørende spørsmålet om innsyn både hva angår dokumentene som denne avgjørelsen gjelder og spørsmålet om saksbehandlingstid, samt tilsynets e-post av 26. oktober.

Klagefristen for avgjørelsen 22. juni i år var utløpt da henvendelsen til Sivilombudsmannen ble sendt 31. august fra Siri Gedde Dahl og Redaktørforeningen (klagerne). I brevet anså klagerne det "som lite formålstjenlig å benytte den formelle adgangen til å påklage avslagene til departementet". Det er imidlertid nå på det rene at Aftenposten og Redaktørforeningen ønsker at departementet skal klagebehandle begge avgjørelsene.

Klagen over avgjørelsen av 13. september er rettidig. Selv om klagefristen for avgjørelsen av 22. juni var utløpt da henvendelsen til Sivilombudsmannen ble sendt, har departementet besluttet å etterkomme klagernes ønske om å behandle begge avgjørelsene. Departementet anser at klagernes innvendinger til nektelsen av innsyn den 22. juni er relevante også i forhold til avgjørelsen 13. september.

Bakgrunn

Sak 2003/930 gjelder Konkurransetilsynets bevissikring overfor legemiddelgrossister etter

konkurranseloven av 1993 i forbindelse med mistanke om straffbar overtredelse av den tidligere lovens forbud mot konkurransebegrensende samarbeid i § 6-1. Dokumentene i saken er således utarbeidet og innhentet i forbindelse med Konkurransetilsynets overvåkningsoppgaver. Saken var avsluttet uten anmeldelse fra Konkurransetilsynet da innsynsbejæringen kom.¹ Det ble imidlertid sendt en anmeldelse 17. november 2003 fra Statens Legemiddelkontroll til ØKOKRIM for overtredelse av lovgivning under denne etaten. ØKOKRIM kunne imidlertid da ikke prioritere saken.²

Konkurransetilsynets avgjørelser

Konkurransetilsynets begrunnelse for å avslå innsyn er forankret i følgende hjemler: offl. § 1 tredje ledd, offl. § 5 første ledd, offl. § 5 annet ledd annet punktum, offl. § 5a, jf. fvl. § 13 første ledd nr. 1 og 2 og offl. § 6 første ledd nr. 5.

Offl. § 1 tredje ledd

I medhold av offl. § 1 tredje ledd er det nektet innsyn i dokumentene 26, 27, 28, 29, 49 med vedlegg 1 og 2, 56 med vedlegg 1 og 2, 62, 70 med vedlegg 1, 118, 134, 145, 158 og dokument 168. Bestemmelsen lyder: "Loven gjelder ikke saker som behandles etter rettspleielovene". Det er vist til forskrift av 14. februar 1986 nr. 351 del IV som angir hvilke lover som skal anses som rettspleielover.

Dokumentene som det er nektet innsyn i med den aktuelle hjemmelen er utarbeidet i anledning sak for tingretten og lagmannsretten. Konkurransetilsynet viser til Justis- og politidepartementets (JD)"Veileder i offentlighetsloven" side 15, der det bl.a. heter at "unntaket i § 1 tredje ledd gjelder også etter at saken er avsluttet."

Tilsynet har også vurdert meroffentlighet, men ikke funnet grunn til å gi innsyn i noen av de aktuelle dokumentene.

Offl. § 5 første ledd, jf. offl. § 2 tredje ledd

Det er nektet innsyn etter offl. § 5 første ledd for dokumentene 0 med vedlegg 2, 4, 5 og 10, dokument 112 samt dokument 196 under henvisning til at bestemmelsen gjelder unntak knyttet til et organs "interne saksforberedelse". Det er vist til at formålet ved unntaksbestemmelsen blant annet er å gi forvaltningsorganet en viss mulighet til fortrolig og uformell diskusjon i forkant av en beslutning.

Meroffentlighet er vurdert uten at det er funnet grunnlag for å gi innsyn i noen av de aktuelle dokumentene.

Offl. § 5 annet ledd annet punktum, jf. offl. § 2 tredje ledd

Det er nektet innsyn i dokument 18, 19 og 20 under henvisning til denne bestemmelsen. Det er pekt på at den gir en viss adgang til å nekte innsyn i saksforberedende dokumenter utarbeidet av et underordnet organ, av særlig rådgiver eller sakkyndig eller av et departement til bruk i et annet departement og at hjemmelen også inkluderer unntaksmulighet for dokument som gjelder innhenting av den relevante typen dokumenter.

Offl. § 5a første ledd, jf. fvl. § 13 første ledd nr. 1 og 2

¹ Jf. Pressemelding fra Konkurransetilsynet 23.12.2004

² Fremgår av pkt. 2.2.2 Årsrapport fra Legemiddelverket for 2003

Bestemmelsen i offl. § 5a er sitert som følger: ”Opplysninger som er undergitt taushetsplikt i lov eller i medhold av lov er unntatt offentlighet”.

Det er pekt på at fvl. § 13 første ledd nr. 2 oppstiller taushetsplikt for opplysninger om ”tekniske innretninger og fremgangsmåter samt drifts- eller forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår” og at bestemmelsen setter krav til opplysningens art og den eventuelle virkningen av at opplysningen gis ut.

I medhold av offl. § 5a første ledd jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2 er det nektet innsyn i dokument 193 med vedlegg 1 - 8, dokument 0 notater - med vedlegg 6, 7 og 8, samt dokument 0-diverse saksopplysninger med vedlegg 9, 10, 11, 13, 14, 15, 16 og 17.

Det er vist til av fvl. § 13 første ledd nr. 1 oppstiller taushetsplikt for opplysninger om ”noens personlige forhold”. Dokument 84, vedlegg ”Oversiktslister” over innhold på en bestemt persons PC er unntatt med henvisning til dette alternativet i § 13 første ledd.

Offl. § 6 nr. 5, jf. § 2 tredje ledd

Det er vist til at bestemmelsen gir adgang til å nekte innsyn i ”anmeldelse, rapport og annet dokument om lovovertrødelse.” Konkurransetilsynet viser til at det følger av ”Veileder i offentlighetsloven” side 88 at unntaksbestemmelsen omfatter ”...dokumenter som direkte omhandler og er skrevet som en direkte følge av en konkret lovovertrødelse, for eksempel for å klarlegge, stoppe eller sanksjonere den, og at ”også dokumenter om forestående lovovertrødelse og dokumenter i saker hvor det er uklart om det foreligger en lovovertrødelse” omfattes.

Med hjemmel i bestemmelsen har tilsynet nektet innsyn i dokument 0 ”Diverse notater” med vedlegg 1, 3 og 9, dokument 0 ”Diverse saksopplysninger” med vedlegg 1-7 og 12, dokumentene 17, 34, 35, 38, 40, 41, 54, 60, 64 med 11 vedlegg, dokument 74, 75 med vedlegg 1-3, 108, 119, 120, 132, 144, 146, 147, 159, 167, 169, 170, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186 med vedlegg 1-10, 187, 188, 190 med vedlegg 1-11.

Det er uttalt at meroffentlighet er vurdert, men at det ikke er funnet grunnlag for å gi innsyn i noen av de aktuelle dokumentene.

Klagen

Saksbehandling

Det er vist til at innsynsbegjæring ble fremmet 19. mars i år og at det først 22. juni forelå en avgjørelse på deler av saken, mens siste del ble avgjort 13. september 2007.

Det vises til at klagerne har en viss forståelse for at gjennomgangen av dokumentene måtte ta noe lenger tid enn det tidsspennet på 3 - 10 dager som Sivilombudsmannen har akseptert i sin praksis. Det er imidlertid anført at dokumentene handler om like eller parallelle forhold og til dels omhandler samme problemstillinger. Klager synes det ser ut som at tilsynet har tatt noen overordnede beslutninger som gjelder store grupper dokumenter og at hvert dokument derfor neppe har vært inngående vurdert.

Det hevdes at begrunnelsene for nektelse av innsyn er formaljuridisk og at det mangler begrunnelse for meroffentlighetsvurderingen.

Avslagene - Lovhjemler og meroffentlighet

Det er henvist til at tilsynet har begrunnet avslagene med til sammen fem ulike hjemler i offentlighetsloven, som klagerne kommenterer.

Avslag etter § 1 tredje ledd – saker som behandles etter rettspleielovene

Det understrekes at innsynsbegjæringen gjelder rettssaksdokumenter i forvaltningen og ikke spørsmål om innsyn hos domstolene eller påtalemyndigheten. Ifølge klager var hovedbegrunnelsen fra Riksadvokaten for lovendringen i 1982, som utvidet unntaket til også å gjelde rettssaksdokumenter hos forvaltningen, et ønske om å unngå forstyrrende omtale i forkant av den rettslige behandlingen. Dette hensynet har etter klagernes oppfatning ingen vekt i en avsluttet sak som den foreliggende. På den annen side er det etter klagernes oppfatning sterke argumenter som taler for meroffentlighet i en sak som den foreliggende. Klagerne trekker på denne bakgrunn i tvil tilsynets vurdering av meroffentlighet.

Avslag etter § 5 første ledd

Det er vist til at hensynet til forvaltningens saksforberedelse begrunner unntaket, og at hovedhensynet for unntaket ikke lenger er til stede i avsluttede saker. Det anføres dessuten at både Storting, regjering og Sivilombudsmannen selv har fremført ønske om at forvaltningen i størst mulig grad skal praktisere meroffentlighet for interne dokumenter.

Avslag etter § 5 annet ledd

Etter klagernes oppfatning kan ikke Konkurransetilsynets e-post korrespondanse med departementet unntas etter de hjemlene som er oppgitt. Det samme gjelder korrespondanse med Regjeringsadvokaten, som klagerne mener ikke kan betraktes som noen "særlig" rådgiver fordi organets hovedoppgave nettopp er å yte bistand til statlige etater.

Ønsket om størst mulig offentlighet for interne dokumenter har også relevans for de aktuelle dokumentene under dette punktet.

Avslag etter offl. § 5 a, jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

Klagerne minner om de strenge kravene til direkte konkurransemessig betydning som Sivilombudsmannen selv har understreket i en rekke avgjørelser. I denne sammenheng vises det til at det er gått lang tid sidene dokumentene var aktuelle. I tillegg nevnes at det etter alt å dømme dreier seg om avtaler og avtaleforhold som ikke gjelder lenger. Det hevdes at erfaringer fra innsynsbegjæring ved Statens legemiddelverk viser at de kommersielle avtalene mellom grossistene og legemiddelfirmaene fra den aktuelle perioden er avgradert.

Avslag etter § 6 første ledd nr. 5

Det er anført at unntaksmuligheten har sitt utgangspunkt i to hensyn, at det ikke skulle skape unødig frykt overfor dem som vil melde fra om mulige ulovligheter, og at man ikke i unødig grad ville stigmatisere først og fremst privatpersoner, som ble utsatt for beskyldninger om lovbrudd. Det hevdes at disse hensynene knapt gjør seg gjeldende ved ferdigstilte rapporter og protokoller i en avsluttet sak der mulige lovbrøyttere er store ressurssterke selskaper som må tåle oppmerksomhet om egen virksomhet.

Generelt

Det er for øvrig vist til at grossist- og apotekkjedene er blant landets mektigste næringslivsaktører, hvis opptreden får konsekvenser for nær sagt alle. Klagerne understreker at hvordan Konkurransetilsynet forholder seg til disse aktørene og etterprøving av tilsynets beslutninger hva angår ved kontroll har stor allmenn interesse.

Konkurransetilsynets kommentarer til avgjørelsene 22. juni og 13. september i år i brev av 20. september 2007, telefon 17. oktober 2007 og e-post av 26. oktober.

Tilsynet har revurdert sine avgjørelser, men opprettholder disse med en korrigerende mht. hjemlene for avslag etter offl. § 5 annet ledd. For øvrig er det gitt kommentarer mht. saksbehandlingstid.

Saksbehandlingstid

Konkurransetilsynet peker på at det dreier seg om en etterforsknings sak som ble opprettet i 2003. I den dagjeldende konkurranse loven § 6-3 var det hjemmel for å unnta alle dokumenter i saker om overtredelse av loven som var innhentet ved opplysningsplikt eller bevissikring. Det heter videre at hjemmelen hadde anvendelse også etter at saken var avsluttet. Det vises til at nåværende konkurranse lov ikke har tilsvarende hjemmel. Konkurransetilsynet har derfor lagt til grunn at det er reglene i offentlighets loven som regulerer innsynsretten i denne saken.

Tilsynet peker på at innsyns begjæringen er svært omfattende og arbeidskrevende i og med at det er begjært innsyn i 66 journalposter i saken, der mange har flere vedlegg. Begjæringen omfatter derfor flere hundre dokumentsider av ulik karakter, innhentet eller utarbeidet i forbindelse med etterforskningen. Det er likeledes vist til at tilsynet hadde en presset arbeidssituasjon med flere andre prioriterte saker samtidig som det var sykdom, vakanser og etter hvert ferietid. Samtidig var saken avsluttet og hovedhensynet bak offentlighetsprinsippet om påvirkning av løpende saker var derfor ikke til stede. Konkurransetilsynet har for øvrig knyttet sine kommentarer til de enkelte hjemler for nektelse av innsyn etter offentlighets loven.

Avslag på innsyn etter offl. § 1 tredje ledd

Tilsynet er enig med klager i at bakgrunnen for bestemmelsen var hensynet til saksforberedelsen. Det er imidlertid vist til at hjemmelen ikke bare er begrenset til saksforberedelsesperioden. Tilsynet anfører at den praktiske konsekvens av bestemmelsen slik det er beskrevet i juridisk teori er at interessertes rett til å kreve innsyn i retts saksdokumenter (...) reguleres av prosess lovgivningen.³

Tilsynet har med hjemmel i § 1 tredje ledd unntatt beslutninger om bevissikring, prosesskrifter og annen korrespondanse med retten i forbindelse med rettsprosess om beslaget. Enkelte av prosesskrivene inneholder opplysninger om Konkurransetilsynets

³ Frihagen, Offentlighets loven bind I s. 107

arbeidsmetoder ved bevissikringen og hvilke medarbeidere i de aktuelle foretakene det ble tatt beslag hos.

Offentlighetsloven § 5 første ledd

De syv dokumentene som er unntatt fordi de er utarbeidet for den interne saksforberedelsen i Konkurransetilsynet, er skrevet av saksbehandlere i Konkurransetilsynet og inneholder deres foreløpige vurderinger. De er utformet som innspill i en intern diskusjon med sideordnede og overordnede i tilsynet. Tilsynet mener at det er behov for å utarbeide slike arbeidsdokumenter til bruk i den interne beslutningsprosessen. Det er etter tilsynets oppfatning særlig viktig at slike dokumenter i en etterforsknings sak ikke offentliggjøres, ettersom disse kan gi et misvisende bilde av hvordan saken er vurdert.

Offentlighetsloven § 5 annet ledd

Journalpostene 17, 18, 19 og 20 omhandler korrespondanse om bistand fra Regjeringsadvokaten i en sak for Oslo tingrett om oppheving av beslag. Det er vist til at Regjeringsadvokaten hadde en særlig rådgiverfunksjon som prosessfullmektig for staten v/Konkurransetilsynet. Tilsynet er enig i at hjemmelshenvisningen er upresis og uttaler at riktig hjemmel er offl. § 5 annet ledd bokstav b, jf. annet ledd annet punktum.

Offentlighetsloven § 5a

Dokument 193 med vedlegg 1-8 og dokument 0 Diverse notater med vedlegg 6, 7 og 8 samt dokument 0 Diverse saksopplysninger med vedleggene 9 - 12 og 14 - 17 er unntatt med hjemmel i offl. § 5a, jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2 fordi de inneholder forretningshemmeligheter som Konkurransetilsynet har fått etter pålegg om opplysninger med grunnlag i opplysningsplikten overfor tilsynet. Selv om noen av opplysningene skulle angå avtaler som ikke lenger gjelder, mener tilsynet at det likevel vil kunne være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde disse.

Offentlighetsloven § 6 nr. 5

Dokumentene som er unntatt i medhold av bestemmelsen, er i hovedsak begjæringer om adgang til bevissikring og diverse rapporter og bevisopptak under etterforskningen. Konkurransetilsynet fastholder at disse dokumenttypene er ”å anse som dokument om lovovertrødelse og således kan unntas fra offentlighet.”

Departementets vurdering og konklusjon

Departementet vil vise til uttalelser i rundskriv G-0354B ”Veileder i offentlighetsloven” fra Justis- og politidepartementet (JD), rundskriv G-69/98 fra JD og uttalelser fra Justiskomiteen i Innst. O. nr. 40 (1981-82).

Sen saksbehandling

Departementet har valgt å kommentere klagernes besværing selv om det ikke er klagerett etter offl. § 9 på dette punkt.⁴ Bakgrunnen er dels departementets overordningsforhold, både faglig og administrativt, samt at spørsmålet er av prinsipiell betydning for den aktuelle typen saker og saksdokumenter.

Offentlighetsloven § 9 første ledd slår fast at ”Begjæring om innsyn etter § 2 annet ledd skal avgjøres uten ugrunnet opphold.”

⁴ Jf. Justisdepartementets rundskriv G-0354B ”Veileder i offentlighetsloven”, s. 102, pkt. 8.7

Innsynsbegjæringen for dokumentene i sak 2003/930 ble fremmet 19. mars 2007. Konkurransetilsynet avgjorde spørsmålet om innsyn for deler av saksdokumentene 22. juni i år, og avgjørelsene for de resterende dokumentene kom 13. september 2007. I lys av tiden som er gått siden begjæringen ble fremmet til endelig avgjørelse fra Konkurransetilsynet forelå for alle dokumentene saken gjelder, er departementet enig med klagerne i at det kan være grunn til å spørre om avgjørelsen av innsynsbegjæringen har skjedd ”uten ugrunnet opphold”, særlig i betraktning av uttalelser om hva som ligger i begrepet fra Sivilombudsmannen og JD som antyder en grense på henholdsvis inntil 10 dager og 1-3 dager.⁵

I teori og kommentarer til bestemmelsen heter det at spørsmålet om innsyn må avgjøres forholdsvis raskt etter en konkret vurdering. Hva som etter bestemmelsen i offl. § 9 skal regnes for å være «uten ugrunnet opphold» i denne saken vil avhenge av hvor vanskelig avgjørelsen er og tilsynets arbeidsmengde for øvrig.⁶ Det må også legges en viss vekt på i hvilken grad den som har krevd innsyn, har behov for en rask avgjørelse⁷. Svaret på om tilsynets behandlingstid tilfredsstillende ovennevnte krav, vil altså avhenge av en konkret vurdering av hvor krevende avgjørelsen er, herunder tiden det faktisk tar å gjøre det praktiske arbeidet i forbindelse med en slik innsynsbegjæring, og den prioritet det er grunn til og mulighet for å gi innsynssaken i forhold til andre saker (noen med lovbestemte tidsfrister). Tidsbruken er etter departementets oppfatning resultatet av denne avveiningen mellom tilsynets ressursbruk og behov for å ivareta andre presserende oppgaver mot klagerens behov for hurtig avgjørelse.

Spørsmålets vanskelighet

Det er lett å forstå at det er arbeidskrevende å gå gjennom alle dokumentene i denne saken. I tilsynets brev til departementet av 20. september i år fremgår at innsynsbegjæringen gjelder flere hundre dokumenter. Tilsynet har muntlig opplyst til departementet at det er foretatt en individuell vurdering av hvert dokument. I bevissikringssaker vil større deler av dokumentmassen ha opplysninger som er underlagt taushetsplikt, eller som avslører etterforskningsmetoder og foreløpige saksbehandlervurderinger og diskusjoner, som er av en slik karakter, at det tilsier bruk av unntakshjemlene. Det kan derfor ikke gis noe rutinemessig innsyn i noen av dokumentene som begjæringen gjelder.

I tillegg har tilsynet opplyst at det pga. ferier, sykdom, vakanser etc., har hatt en presset arbeidssituasjon. Selv om det er tilsynets ansvar å sørge for at det har rutiner som håndterer slike situasjoner, så vil det i praksis måtte få betydning for prioriteringen mellom saker.

Tilstedeværelsen av de hensyn som begrunner offentlighetsprinsippet

Det fremgår av opplysninger fra Aftenposten til departementet at bakgrunnen for innsynsbegjæringen var å finne stoff til en artikkelserie om apotekene/legemiddelbransjen. Det er uklart om dette var kommunisert til Konkurransetilsynet, men foranledningen var uansett ikke en pågående forvaltningssak, verken den saken det var begjært innsyn i eller noen annen. Det er en omstendighet som må tillegges vekt.

Vurdering

⁵ JDs veileder s. 99

⁶ Ot.prp. nr. 4 (1981-82) s. 42.

⁷ Sivilombudsmannens uttalelser og Justisdepartementets veileder s. 99.

Avisen gjør etter departementets oppfatning en viktig jobb når man kartlegger både positive og negative forhold i en bransje, og forvaltningen bør i størst mulig grad bør bidra til dette. Likeledes er det, uavhengig om en sak er avsluttet, viktig at pressen utøver en generell kontroll overfor forvaltningen.

Når det imidlertid dreier seg om en avsluttet sak hos tilsynet, som det ikke lenger er muligheter til å påvirke, og det ikke foreligger opplysninger om at informasjonene er nødvendige i forbindelse med en annen pågående (forvaltnings)sak, antar departementet at hensynet bak kravet om rask behandling i liten grad gjør seg gjeldende. Det var derfor naturlig at tilsynet tillata rask saksbehandling av innsynsbejæringen mindre vekt i forhold til fremdriften i andre pågående saker. Et altfor strengt krav om hurtig avgjørelse vil lett kunne få som resultat at tilsynet melder tilbake at det ikke er grunnlag for innsyn. Departementet kan ikke se at det er ønskelig.

Når dette er sagt, er det imidlertid viktig at tilsynet sørger for rutiner som gjør at kravet til hurtighet etter offentlighetsloven § 9 første ledd oppfylles på best mulig måte.⁸

Departementet vil for øvrig nevne at det som klageorgan i sakene som gjelder bevissikring, til dels er i samme situasjon som Konkurransetilsynet mht. tiden det tar å gjennomgå det særdeles omfattende materialet. Dette er tatt opp med Aftenposten som er inneforstått med situasjonen. Departementet oppfatter det slik at materialet fremdeles er aktuelt for Aftenposten, og selv om vi har prioritert saken har det derfor vært brukt mye tid på å gå gjennom de enkelte dokumenter før vi har avgjort klagen.

Er det hjemmel for å nekte innsyn i de relevante dokumentene?

Så vidt departementet forstår er klager, med ett unntak, enig i at Konkurransetilsynet har adgang til å nekte innsyn basert på de hjemlene som er brukt.

Offl. § 5 annet ledd

Uenigheten mht. hjemmelsbruk gjelder avslag på innsyn i korrespondanse mellom tilsynet og departementet og tilsynet og Regjeringsadvokaten med hjemmel i off. § 5 annet ledd, henholdsvis bokstav a og b.

Departementet er enig med klagerne i at det ikke er hjemmel i offl. § 5 annet ledd bokstav a og b for å unnta tilsynets e-postutveksling med departementet i forbindelse med anmodning om assistanse fra Regjeringsadvokaten. Det gis derfor innsyn i dokument 18 og 19, som vedlegges i kopi.

Tilsynet har i sitt brev av 20. september foretatt en korrigerende mht. unntak for sin korrespondanse med Regjeringsadvokaten. Departementet er enig i at det etter offl. § 5 annet ledd bokstav b er hjemmel for å nekte innsyn i dokument 20. Regjeringsadvokaten er spesielt nevnt av Frihagen som eksempel på et offentlig organ som kan være særlig rådgiver.⁹ Departementet mener imidlertid at det ikke er særskilt grunn til at denne e-posten bør unntas fra innsyn og praktiserer derfor meroffentlighet etter offl. § 2 tredje ledd. Kopi av dokument 20 vedlegges.

Offl. § 5 a

⁸ Justisdepartementets veileder, s. 99, pkt. 8.3. , tredje avsnitt

⁹ Frihagen "Offentlighetsloven", bind I, s. 351, 1994, jf. Justisdepartementets veileder s. 43.

Bestemmelsen gir pålegg om å unnta opplysninger i et dokument fra innsyn når de er undergitt lovbestemt taushetsplikt. Det fremgår av annet ledd i bestemmelsen at dokumentet for øvrig er offentlig når ”ikke disse delene alene gir et åpenbart misvisende bilde av innholdet eller de unntatte opplysninger utgjør den vesentligste del av dokumentets innhold”. Da kan dokumentet unntas i sin helhet.

Utgangspunktet for unntak fra innsyn for denne bestemmelsen er altså at dokumentene skal leveres ut med sladding. Etter lovens øvrige unntaksbestemmelser kan en holde tilbake hele dokumentet, men vurdere å levere det ut, evt. med sladding.

Konkurransetilsynet har nektet innsyn i dokument nr. 84 med hjemmel i offl. § 5 a, jf. fvl. § 13 første ledd nr 1 og 21 dokumenter med hjemmel i offl. § 5 a, jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2. Første ledd i off. § 5 a gir, som nevnt foran, bare adgang til å unnta taushetspliktige opplysninger fra innsyn, ikke hele dokumentet, med mindre offl. § 5 a annet ledd er anvendt.

Departementet er enig med tilsynet i at de aktuelle dokumentene inneholder henholdsvis opplysninger om personlige forhold og forretningshemmeligheter som skal unntas offentlighet med hjemmel i bestemmelsens første ledd.

Etter departementets oppfatning utgjør opplysningene som er underlagt taushetsplikt etter fvl. § 13 første ledd nr. 2, det meningsbærende innholdet i dokumentene, og de leveres derfor ikke ut i sladdet versjon. Konkurransetilsynets skjerming av dokumentene i sin helhet opprettholdes på denne bakgrunn under henvisning til offl. § 5 a annet ledd. Dokument 84, vedlegg ”Oversiktslister” leveres ut med sladding av opplysninger om personlige forhold med hjemmel i offl. § 5 a første ledd, jf. fvl. § 13 første ledd nr. 1.

Meroffentlighet, jf. § 2 tredje ledd

Med unntak av offl. § 5 a, som gjelder pålegg om å skjerme taushetsbelagte opplysninger i et dokument, gir alle bestemmelsene som er anvendt som grunnlag for å nekte innsyn, i utgangspunktet adgang til å unnta hele dokumentet, og det er etter offl.

§ 2 tredje ledd krav om at meroffentlighet skal vurderes, slik at hele eller deler av dokumentene likevel kan gjøres offentlige.

Det er klaget både på at Konkurransetilsynet ikke har praktisert meroffentlighet og på måten dette er begrunnet på. Klager har reist spørsmål om Konkurransetilsynets vurderinger i denne sammenheng er tilstrekkelige.

Departementet er enig med klager i at vurdering av eventuell meroffentlighet for dokumenter eller opplysninger i dokumenter må knyttes til det enkelte, og ikke til grupper av dokumenter. Det kan tilsynelatende se ut som Konkurransetilsynet ikke har gått inn i det enkelte dokument for å se om det kan gis innsyn i deler av opplysningene. Inntrykket er resultatet av at det ikke er sterke krav til begrunnelse for å la være å praktisere meroffentlighet etter offl. § 2 tredje ledd. I Gyldendals norsk lovkommentar v/ Jan Fridtjof Bernt heter det: ”...Derimot vil det neppe kunne kreves at det gis en begrunnelse for at meroffentlighet ikke vil bli praktisert, men det må fremgå av vedtaket eller begrunnelsen at også dette har vært vurdert.” Det kan på denne bakgrunn være rasjonelt å knytte et utsagn om at meroffentlighet har vært vurdert til grupper av dokumenter. Det forhindrer likevel ikke at det har vært foretatt en vurdering av hvert enkelt dokument slik tilsynet har opplyst.¹⁰

¹⁰ E-post av 26. oktober i år til FAD

Departementet kan på denne bakgrunn ikke støtte klagerne i at det ved avslaget er gitt utilstrekkelig begrunnelse for at det ikke er praktisert meroffentlighet.

Heller ikke departementet, som klageinstans, har noen utstrakt begrunnelsesplikt. I praksis gis det imidlertid ifølge Justisdepartementet i klagesakene over avslag på innsyn som regel en begrunnelse som oppfyller kravene i forvaltningsloven § 25.¹¹ Dersom departementet skal følge opp det som synes å være praksis, er departementet avhengig av at Konkurransetilsynet kommenterer klagen slik at departementet kan gi en begrunnelse som ivaretar klagerens behov for å få forstå avgjørelsen. Det betyr at de hovedhensyn som har ført frem til tilsynets konklusjon, skal fremgå.

Etter departementets oppfatning tilfredsstiller tilsynets kommentarer ovenstående begrunnelseskrav.

Generelt om departementets avveining ved vurderingen av meroffentlighet i saken.

Justisdepartementet har i sin veileder G-69/98 med innskjerping av praktiseringen av offentlighetsloven under pkt. 2.3 uttalt at forvaltningsorganene ved innsynsbegjæringer alltid skal starte sin vurdering ved å spørre om dokumenter/opplysninger bør unntas fra offentlighet, ikke om de kan unntas. Det er vist til forarbeidene til offl. § 2 i Ot. prp. nr. 100 (1991-92) s. 10 og 13.

For dokumentene innhentet ved og utarbeidet i forbindelse med bevissikring vil ofte svaret være at de bør unntas fra innsyn, selv om sakene er avsluttet. I denne typen saksdokumenter vil det være opplysninger av en slik art at det alltid er sterke både private og offentlige hensyn som tilsier at det ikke bør gis innsyn. Dette har gitt seg utslag i spesialbestemmelser både i den tidligere konkurranseloven § 6-3 og i nåværende lovs § 25 som gir unntak fra offentlighet for alle dokumenter i saker om bevissikring så lenge saken pågår. Når saken er avsluttet, er det større rom for å vurdere offentlighet, men det må, etter departementets oppfatning, tillegges betydelig vekt at tilsynet utfører tilsynsarbeid i forkant av eventuelle straffesaker. Det er av etterforskningsstrategiske hensyn uheldig om detaljer om tilsynets interne vurderinger og arbeidsmetoder offentliggjøres. Dette vil gi markedsaktørene mulighet til å innrette sin virksomhet etter Konkurransetilsynets markedsovervåkning. Likeledes er tilsynet avhengig av markedsaktørenes tillit for å få relevant informasjon. Dersom sensitive næringsopplysninger, forklaringer fra ansatte i kontrollerte foretak eller opplysninger og dokumenter på private PC'er etc. blir offentlige, vil det kunne svekke tilliten til tilsynet og på den måten stå i veien for at tilsynet skal kunne gjøre en god jobb i senere saker.

Ovenstående må veies mot de hensyn som begrunner offentlighet, dvs. åpen diskusjon om aktuelle saker og kontroll med offentlige organers virksomhet. I dette tilfellet dreier det seg om en avsluttet forvaltningssak. Offentlighetens interesse i å påvirke saken er derfor ikke til stede. I kjølvannet av saken er det riktignok en pågående sak i ØKOKRIM for overtredelse av andre regler enn konkurransereglene, men departementet kan ikke se at muligheten til å påvirke utfallet i en potensiell straffesak er det man tenkte seg ved innsynsreglene i offentlighetsloven.

Departementet er enig med klagerne i at det er et behov for at også tilsynsorganers virksomhet følges opp bl.a. for å oppdage korrupsjon og ulikebehandling. Det generelle kontrollhensynet

¹¹ s. 103 Justisdepartementets Veileder til offentlighetsloven.

som hevdes overfor Sivilombudsmannen har derfor hatt en viss vekt ved avgjørelsen mht. meroffentlighet i denne saken.

Avslag på innsyn etter offl. § 1 tredje ledd

Departementet er enig med Konkurransetilsynet i at offentlighetsloven ikke gjelder for dokumentene som er nevnt under henvisning til offl. § 1 tredje ledd i tilsynets avgjørelser henholdsvis 22. juni og 13. september. Hjemmelen i offl. § 1 tredje ledd, lyder: "Loven gjelder ikke saker som behandles etter rettspleielovene." Bestemmelsen får anvendelse på dokumenter utarbeidet i forbindelse med en sak både dersom de befinner seg hos domstolen og i forvaltningsorganer. Unntaket gjelder også etter at saken er avsluttet¹².

Dokumentene som befinner seg hos tilsynet og som tilsynet har nektet innsyn i under henvisning til nevnte hjemmel, er utarbeidet i forbindelse med begjæring om bevissikring til forhørsretten og kjæremål over gjennomføringen av beslutningen etter tidligere konkurranselov § 6-2, jf. strprl. § 208. Saksdokumentene hos tilsynet som tilhører denne saken, faller således inn under offl. § 1 tredje ledd og er helt unntatt fra offentlighetslovens anvendelsesområde. Dette gjelder selv om saken er avsluttet. Det betyr at heller ikke bestemmelsen i offl. § 2 tredje ledd om meroffentlighet kommer til anvendelse. Imidlertid forstår departementet Konkurransetilsynets uttalelser i brev av 20. september i år, (side 3 tredje avsnitt under overskriften offentlighetsloven § 1 tredje ledd) slik at tilsynet, ut fra alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper, likevel har vurdert om det bør gis innsyn og konkludert med at det ikke er grunnlag for det, fordi enkelte av prosesskrivene inneholder opplysninger om Konkurransetilsynets arbeidsmetoder o.a. opplysninger som bør unntas innsyn.

Departementet ser likevel ikke bort fra at det kan være grunn til å gi innsyn i noen av rettsaksdokumentene eller deler av disse, så sant taushetspliktsregler ikke stenger for det. Saken ble avgjort ved kjennelse i lagmannsretten, og dreier seg bl.a. om adgangen til å ta med speilkopier av dataservere og å gå gjennom materialet på tilsynets kontorsted. Påstanden fra saksøker var bl.a. at retten skulle fastsette en detaljert prosedyre for hvordan slik gjennomgang skulle skje. Kjennelsen vedlegges for ordens skyld. Så vidt vi forstår skal imidlertid klagerne ha fått denne.

Selv om vi har en ny lov, viderefører bestemmelsene i stor grad den tidligere konkurranseloven på det aktuelle punktet. Det gjør etter departementets oppfatning at stridsspørsmålet og løsningen på dette har allmenn interesse, og at det derfor kan være grunn til å gi ut i alle fall deler av de aktuelle rettsaksdokumentene selv om de inneholder slike opplysninger som tilsynet nevner.

I prinsippet mener altså departementet at det bør praktiseres meroffentlighet ved å gi innsyn i deler av dokumentene. Etter departementets oppfatning gir imidlertid vedlagte dom et godt innblikk i saken. Siden det er en drøy og tidkrevende jobb å gå gjennom alle dokumentene for eventuelt å skjerme noen opplysninger for innsyn, har departementet vurdert det slik at vi bare gjør dette dersom klagerne etter gjennomgang av dommen mener dette materialet fremdeles er av interesse.

Offl. § 5 første ledd

¹² Justisdepartementets Veileder til offentlighetsloven s. 15

Det er viktig generelt sett for saksbehandlingsprosessene å kunne beholde interne dokumenter etter bestemmelsen som interne. Dette er konklusjonen både i diskusjonen rundt någjeldende offentlighetslov¹³ og den nye offentlighetsloven¹⁴. Selv om offentliggjøring av de relevante dokumentene som tilsynet har unntatt fra innsyn med hjemmel i denne bestemmelsen, ikke vil kunne ha skadevirkning for fremdrift og resultat i denne konkrete saken, så er det etter departementets oppfatning et relevant hensyn for ikke å praktisere meroffentlighet at slike interne notater fra saksbehandlere er nødvendig å holde interne for generelt sett å kunne ha frie interne diskusjoner. Foreløpige vurderinger og standpunkter er uegnet for presentasjon utad, både fordi de er interne i formen og fordi de kan gi et misvisende bilde av hvordan saken endelig er vurdert. Dersom de skulle utvises meroffentlighet for dokumentene som tilsynet i de påklagede avgjørelsene har unntatt fra innsyn med hjemmel i offl. § 5 første ledd, vil det kunne få konsekvenser for senere praksis og generelt kunne skade tilsynets muligheter til en effektiv saksbehandlingsprosess.

Enkelte opplysninger i dokumentene ville kunne gjøres offentlige tilgjengelige. Departementet vurderer det likevel slik at disse er så fragmenterte at det neppe ville gi noen mening å gi dem ut. Departementet er således enig med tilsynet i at det ikke er grunnlag for å praktisere meroffentlighet for dokumentene eller opplysninger i disse.

Offl. § 6 nr. 5

Når det gjelder dokumentene i de påklagede avgjørelsene som er unntatt med hjemmel i offl. § 6 nr. 5, avspeiler de fleste opplysningene i disse etterforskningsgruppens arbeidsmetoder og samarbeid med Økokrim og SLK samt gir sensitive opplysninger fra vitner og de kontrollerte. Etter en konkret vurdering av hvert dokument opprettholder departementet Konkurransetilsynets vurdering av meroffentlighet med unntak av følgende dokumenter, som departementet praktiserer meroffentlighet for: Dokument O "Diverse notater" vedlegg 9, uten vedlegg, dokument O "Diverse saksopplysninger vedlegg 12 og dokument 17, 41, 74 – 75, uten vedlegg, 167, 180 og 182 med sladding av sensitive opplysninger. Kopi av dokumentene vedlegges.

Konklusjon

På denne bakgrunn har departementet truffet følgende vedtak:

Deres klage over Konkurransetilsynets avslag 22. juni og 13. september i år på anmodning om innsyn i 66 journalposter i sak 2003/930 hos Konkurransetilsynet tas delvis til følge. Det gis innsyn/delvis innsyn i dokument O "Diverse notater" vedlegg 9, uten vedlegg, dokument O "Diverse saksopplysninger vedlegg 12 og dokument 17-20, 41,74 – 75 uten vedlegg, 84, vedlegg "Oversiktslister", 167, 180 og 182.

Med hilsen

Steinar Undrum (e.f.)
avdelingsdirektør

Karin Kilset
seniorrådgiver

7 Jf. St. meld. nr. 32 (1997-98) s. 61 og Rundskriv G-69/98 pkt. 2.1. fra Justisdepartementet

¹⁴ Jf. Ot. prp. Nr. 102 (2004-2005) s. 26 kap. 3.4.3

Kopi: Norsk Redaktørforening v/ Arne Jensen
Konkurransetilsynet