



Konkurransklagenemnda

Konkurransklagenemndas avgjørelse 3. desember 2018

Sak: 2018/473

Klager: Telenor ASA

Konkurransklagenemndas medlemmer:

Finn Arnesen, Halvard Haukeland Fredriksen og Elisabeth Wittemann.

1. Sakens bakgrunn:

- (1) Det vises til brev datert 28. september 2018, hvor Telenor ASA (Telenor) påklager Konkurransetilsynets avslag datert 18. september 2018, på innsynsbegjæringer fremsatt av Telenor henholdsvis 16. august 2018 og 4. september 2018.
- (2) I innsynsbegjæring fremsatt 16. august 2018, ba Telenor om innsyn i sladdede deler av tre dokumenter i Konkurransetilsynets sak 2014/0289, som gjelder foretakssammenslutningen mellom TeliaSonera AB og Tele2 Norge AS/Network Norway AS (Telia/Tele2). Innsynsbegjæringen gjaldt følgende dokumenter:
 - Vedtak V2015-1 (Telia/Tele2) kapittel 8.1
 - Brev fra Nasjonal kommunikasjonsmyndighet (Nkom) 27. januar 2015
 - Gjestingsavtalen mellom Telia og ICE Norge AS (ICE) som vist til i vedtak V2015-1 (Telia/Tele2)
- (3) Telenor har tidligere fått innsyn i vedtak V2015-1 (Telia/Tele 2) og brevet fra Nkom av 27. januar 2015 i henhold til offentleglovas regler, der opplysninger som er underlagt taushetsplikt er sladdet.
- (4) I innsynsbegjæring fremsatt 4. september 2018 ba Telenor om innsyn i alle dokumenter nevnt i Konkurransetilsynets sakslogg i sak 2012/0204 (Telenor-saken), der Telenor er part, som Telenor ikke tidligere har fått innsyn i. Herunder alle økonomiske analyser og/eller beregninger og organinterne dokumenter.
- (5) Konkurransetilsynet avsto i e-post 18. september 2018 innsyn i de sladdede delene av vedtak V2015-1 (Telia/Tele2) kapittel 8.1 og brevet fra Nkom av 27. januar 2015, og hele gjestingsavtalen mellom Telia og ICE, med henvisning til offentleglova § 13 første ledd, jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nummer 2.

Postadresse

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no

- (6) I samme e-post avslo Konkurransetilsynet også innsyn i de organinterne dokumenter i sak 2012/0204 (Telenor-saken) i medhold av forvaltningsloven § 18a.
- (7) Telenor aksepterte de deler av avslaget som gjaldt organinterne dokumenter om vedtak V2015-1 (Telia/Tele2) og korrespondanse med ESA, men påklaget de resterende avslagene.
- (8) Fristen for å påklage avslaget utløp 9. oktober 2018. Klagen er derfor rettidig fremsatt.
- (9) Konkurransetilsynet har vurdert klagen, men ikke funnet grunnlag for å omgjøre avslaget. Konkurransetilsynet oversendte klagen til Konkurransklagenemnda ved brev av 13. november 2018.
- (10) Telenor kommenterte Konkurransetilsynets innstilling i brev 23. november 2018 til Konkurransklagenemnda. Konkurransetilsynet har deretter fremsatt noen utdypende merknader i e-post 30. november 2018 til nemnda. Etter nemndas vurdering fremkommer det ikke noe nytt i e-posten som synes å skulle foranledige ytterligere merknader fra Telenor.
- (11) Nærings- og fiskeridepartementet oppnevnte professor Tore Lunde som settenemndsleder i denne saken i brev 26. oktober 2018.
- (12) På bakgrunn av Konkurransklagenemndas begrensede antall medlemmer, anmodet settenemndsleder departementet i e-post 29. oktober 2018 om å oppnevne et tilstrekkelig antall stedfortredere i nemnda for tilfeller hvor prosessuelle spørsmål må behandles før behandling av eventuell klage over selve gebyrvedtaket i samme sakskompleks. Det ble vist til at nemndsmedlemmer som behandler innsynsspørsmål vil få innsyn i dokumenter og opplysninger som den private part ikke får tilgang til, med mindre innsynsklagen fører frem i sin helhet. For å unngå at det stilles spørsmål ved nemndsmedlemmenes habilitet, er det ikke ønskelig at en klage på et gebyrvedtak behandles av nemndsmedlemmer med kjennskap til opplysninger som klager ikke har fått innsyn i.
- (13) Departementet oppnevnte på denne bakgrunn professor Finn Arnesen, professor Halvard Haukeland Fredriksen og tingrettsdommer Elisabeth Wittemann som settemedlemmer i Konkurransklagenemnda i brev 5. november 2018.
- (14) Settenemndsleder utpekte de samme tre personene til å behandle denne saken, jf. konkurranseloven § 36 tredje ledd siste punktum. Professor Finn Arnesen ble utpekt til å lede arbeidet.

2. Anførsler

2.1 Telenor har i klagen og etterfølgende kommentarer til Konkurransetilsynets innstilling i det vesentlige anført:

2.1.1 Vedtak V2015-1 (Telia/Tele2), gjestingsavtalen mellom Telia og ICE, og brev fra Nkom

- (15) Telenor anfører for det første at innsyn må vurderes etter forvaltningslovens regler om partsinnsyn. Dokumentene det bes om innsyn i er ifølge Telenor en del av «*sakens*

dokumenter», jf. forvaltningsloven § 18 første ledd, og viser til at de er en del av beslutningsgrunnlaget i saken.

- (16) Telenor fremholder at det i vedtak V2018-20 (vedtak i Telenor-saken) er henvist både til vedtak V2015-1 og gjestingsavtalen mellom Telia og ICE som bevis på faktiske forhold. I denne forbindelse viser Telenor til at et sentralt ledd i vurderingen etter konkurranseloven § 11, er om det «*tages andre midler i bruk end i den normale konkurrence*», jf. EU-domstolens avgjørelse i sak 85/76 Hoffman-La Roche. Etter Telenors oppfatning vil konkurrentenes adferd og myndighetenes uttalelser om denne være et sentralt bevismiddel. Telenor finner det ikke avgjørende hvem som nevnte gjestingsavtalen i utgangspunktet.
- (17) Telenor anfører videre at brevet fra Nasjonal kommunikasjonsmyndighet (Nkom) til Konkurransetilsynet datert 27. januar 2015 vedrørende forslag om avhjelpende tiltak i vedtak V2015-1, også er en del av beslutningsgrunnlaget for vedtak V2018-20 (vedtak i Telenor-saken). Det er etter Telenors oppfatning ikke grunnlag for å stille krav til en formell henvisning i vedtaket for at noe skal være en del av «sakens dokumenter».
- (18) Telenor hevder på denne bakgrunn å ha rett til innsyn etter reglene om partsoffentlighet, slik at forvaltningens taushetsplikt etter forvaltningsloven § 13 ikke er til hinder for at opplysningene gjøres kjent for partene, jf. forvaltningsloven § 13 b første ledd nummer 1. Dette gjelder også etter at det er truffet vedtak i saken, jf. forvaltningsloven § 18 første ledd.
- (19) Telenor anfører videre at ingen av unntakene i forvaltningsloven §§ 18 til 19 kommer til anvendelse.
- (20) Telenor mener uansett at dokumentene ikke inneholder forretningshemmeligheter etter verken § 13 eller § 19. Telenor viser til at dokumentene gjelder forhold som i utgangspunktet ligger minst tre og et halvt år tilbake i tid, og at så gammel informasjon som regel ikke vil være relevant for dagens konkurransesituasjon i telekomsektoren som er i stadig utvikling.
- (21) Telenor bemerker at det ikke er behov for innsyn i alle forretningsmessige detaljer i samme grad. Det er viktigst for Telenor å få informasjon om hvilken prisstruktur gjestingsavtalen mellom Telia og ICE hadde, samt informasjon om hvordan myndighetene vurderte denne. Videre er det viktig for Telenor å få innsyn i informasjonen fra tiden nærmest det tidsintervallet sak 2012/0204 (Telenor-saken) knytter seg til. Telenor fremholder at risikoen for økonomisk tap hos konkurrentene er svært liten dersom innsyn gis i det ovennevnte. Dersom Konkurranseskjagenemnda likevel skulle mene at det foreligger en risiko for skade, foreslår Telenor at kun en begrenset krets i Telenor får tilgang til informasjonen, jf. forvaltningsloven § 13 b annet ledd. Alternativt foreslås det at kun advokatfirmaet Thommessen gis innsyn i den presise utformingen av prisen i gjestingsavtalen.
- (22) Telenor anfører at det uansett er grunnlag for merinnsyn, jf. forvaltningsloven § 18 annet ledd. Telenors behov for innsyn er begrunnet i hensynet til kontradiksjon og sakens opplysning, siden et sentralt spørsmål i saken er om Telenors prisstruktur i gjestingsavtalen med Network Norway var egnet til å begrense konkurransen.

- (23) Telenor viser videre til at behovet for innsyn blir særlig sterkt når det ikke ellers foreligger noen egne økonomiske analyser/rapporter i Telenor-saken. Informasjonstilfanget knyttet til tidsintervallet saken gjelder er begrenset, og saken angår et marked med få aktører og langvarige kontrakter. Det er derfor nødvendig med innsyn i det som faktisk eksisterer av informasjon.
- (24) Telenor gjør gjeldende at det ikke er mulig å etterprøve Konkurransetilsynets resonnement uten innsyn i de dokumentene som det bygger på. Gitt sakens betydning for Telenor, er det derfor etter Telenors syn klart at interesseavveiningen som skal foretas etter forvaltningsloven § 18 annet ledd må falle ut i Telenors favør.
- (25) Telenor hevder at Konkurransetilsynet legger for stor vekt på hensynet til foretaks tillit til forvaltningen. Den potensielle skaden ved innsyn må vektas mot den potensielle skaden ved at man kan få et materielt galt resultat. Etter Telenors oppfatning er skaden ved sistnevnte utfall langt større i denne saken. Telenor viser til at enhver har plikt til å gi tilsynet de opplysninger som er nødvendige for at myndighetene skal kunne utføre sine gjøremål etter loven, jf. konkurranseloven § 24. Plikten gjelder uavhengig av eventuell tillitt til myndighetene, og innebærer etter Telenors oppfatning at dette hensynet uansett ikke kan vektlegges. Telenor hevder også at Konkurransetilsynet til en viss grad må sannsynliggjøre at det er en reell risiko for tap hvis innsyn gis.

2.1.2 Organinterne dokumenter

- (26) Telenor anfører at det skal gis innsyn i de organinterne dokumentene etter forvaltningsloven § 18 c, i den grad dokumentene inneholder beregninger eller analyser (herunder konkurranseøkonomiske beregninger, vurderinger av økonomiske teorier om konkurransekade mm.). Telenor hevder at det er sammenstillingen og omtalen av faktum i disse dokumentene som er relevant, og det er derfor ikke nok at de faktiske opplysningene også finnes i andre dokumenter som Telenor har tilgang til.
- (27) Telenor viser til at heller ikke Konkurransklagenemnda vil få innsyn i slike beregninger ved en eventuell klage til nemnda på V2018-20 (vedtak i Telenor-saken), dersom Telenor nektes innsyn. Dette innebærer at nemnda må gjennomføre slike analyser og beregninger selv, jf. deres ansvar for å sikre sakens opplysning i forvaltningsloven § 33 femte ledd.
- (28) Telenor anfører at det uansett er grunnlag for merinnsyn, jf. forvaltningsloven § 18 annet ledd.

2.2 Konkurransetilsynet har i det vesentlige anført:

2.2.1 Gjestingsavtalen mellom Telia og ICE

- (29) Konkurransetilsynet fastholder at gjestingsavtalen mellom Telia og ICE inneholder forretningshemmeligheter som må unntas innsyn etter offentleglova § 13 første ledd, jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2.
- (30) I denne sammenheng fremhever Konkurransetilsynet at gjestingsavtalen mellom Telia og ICE inneholder kontraktsvilkår, herunder prisvilkår og tekniske vilkår, og at slike opplysninger er normalt ikke offentlig tilgjengelig og deles vanligvis ikke mellom konkurrenter. Kunnskap om aktørers strategier og kontraktsvilkår vil kunne utnyttes av konkurrerende foretak blant annet gjennom egen strategiplanlegging. Tilsvarende vil kjennskap til andres strategier og kontraktsvilkår kunne utnyttes av konkurrerende foretak

dersom disse på et senere tidspunkt kommer i en forhandlingssituasjon med involverte foretak. Dette gjelder både for kontraktsvilkår som er gjeldende mellom parter og for kontraktsvilkår som nylig har vært gjeldende mellom partene.

- (31) Konkurransetilsynet anfører at innsyn i gjestingsavtalen vil kunne påføre Telia og ICE et økonomisk tap ved at Telenor vil kunne utnytte informasjon om vilkårene i denne ved forhandlinger med foretak som Telenor og Telia konkurrerer om, for eksempel i mulige fremtidige forhandlinger med ICE.
- (32) Konkurransetilsynet viser til at Telenor er forpliktet til å gi et standardtilbud for nasjonal gjesting i henhold til gjeldende regulering av det aktuelle markedet. Innsyn i gjestingsavtalen vil kunne påvirke Telenors standardtilbud.
- (33) Konkurransetilsynet viser videre til at avtalens prisstruktur kun er omtalt offentlig av Nkom på mer generelt grunnlag, uten at det er angitt detaljer. Selv om Nkom har opplyst at avtalen inneholder en fast avgift per SIM-kort, er prisstrukturens nærmere innhold ikke offentlig kjent, ifølge Konkurransetilsynet.
- (34) Konkurransetilsynet har henvist til e-post fra Telia 17. september 2018 og brev fra ICE 14. september 2018, hvor Telia og ICE sterkt motsetter seg at Telenor gis slikt innsyn, og mener at opplysningene fortsatt utgjør forretningshemmeligheter.
- (35) Etter Konkurransetilsynets oppfatning er derfor opplysningene i gjestingsavtalen som Telenor har bedt om innsyn i forretningshemmeligheter som må unntas innsyn etter offentleglova § 13 første ledd, jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2.
- (36) Konkurransetilsynet fastholder at Telenors status som part i sak 2012/0204 (Telenor-saken), ikke innebærer at selskapet kan kreve innsyn i gjestingsavtalen mellom Telia og ICE. Etter Konkurransetilsynets oppfatning inngår ikke gjestingsavtalen til ICE i «*sakens dokumenter*» i sak 2012/0204 (Telenor-saken), og partsinnsynsreglene i forvaltningslovens § 18 første ledd kommer derfor ikke til anvendelse.
- (37) Konkurransetilsynet bemerker at bakgrunnen for at gjestingsavtalen er nevnt i V2018-20 (vedtak i Telenor-saken), er at Telenor trakk avtalen inn i sine merknader til Konkurransetilsynets varsel i samme sak. I vedtak V2018-20 (vedtak i Telenor-saken) avviste Konkurransetilsynet at det var nødvendig å gjøre inngående analyser av andre aktørers avtaler for å vurdere om omleggingen av prisstrukturen i Tilleggsavtale 2 i 2010 utgjorde misbruk av Telenors dominerende stilling i strid med konkurranseloven § 11.
- (38) Konkurransetilsynet hevder at de avhjelpende tiltakene som Telia tilbød i sak 2014/0289 (Telia/Tele2), hvor gjestingsavtalen med ICE var ett av flere elementer, bare er omtalt helt overordnet i vedtak V2018-20 (vedtak i Telenor-saken) og uten at det er gitt noen detaljert beskrivelse av prisstrukturen i forbindelse med behandlingen av Telenors anførsler. I vedtak V2018-20 (vedtak i Telenor-saken) viste Konkurransetilsynet bare til avsnitt 660 i vedtak V2015-1 (Telia/Tele2). Dette avsnittet er usladdet i den offentlige versjonen av vedtak V2015-1. I vedtak V2018-20 (vedtak i Telenor-saken) går det ikke nærmere inn på vilkårene som var nedfelt i gjestingsavtalen mellom Telia og ICE.
- (39) Konkurransetilsynet fastholder på denne bakgrunn at gjestingsavtalen mellom Telia og ICE ikke inngår i «*sakens dokumenter*» i sak 2012/0204 (Telenor-saken).

2.2.2 Nkoms brev

- (40) Konkurransetilsynet anfører at Nkoms brev inneholder forretningshemmeligheter som må unntas fra innsyn etter offentleglovas regler.
- (41) Når det gjelder de sladdede opplysninger om kontraktvilkårene i gjestingsavtalen mellom Telia og ICE, og Nkoms vurdering av disse, fastholder Konkurransetilsynet at opplysningene i gjestingsavtalen er å anse som forretningshemmeligheter. Det samme må gjelde for Nkoms omtale av disse avtalevilkårene.
- (42) Når det gjelder sladdede opplysninger i avtalen mellom Telia og ICE knyttet til vilkårene for overtakelse av kunder fra Network Norway, og Nkoms vurdering av disse, anfører Konkurransetilsynet at slik informasjon, på samme måte som vilkårene i gjestingsavtalen, er forretningshemmeligheter som normalt ikke er offentlig tilgjengelig og vanligvis ikke deles mellom konkurrenter.
- (43) Konkurransetilsynet viser til at Nkoms brev inneholder vurderinger Nkom som fagmyndighet gjorde av mulighetene ICE har til å konkurrere. Nkom besitter mye markedskunnskap og har tilgang til informasjon om de ulike aktørene i markedet. Nkoms vurdering av ICE sine evner og muligheter i markedet, samt vurdering av mulige strategier, er basert på denne kunnskapen om markedet og interne forhold hos andre aktører. Selv om opplysningene i noen grad gjelder historiske forhold, dreier det seg om forhold som fortsatt ligger nært i tid. Konkurransetilsynet hevder at kunnskap om Nkoms vurderinger vil kunne sammenholdes med annen markedsinformasjon som andre markedsaktører besitter. Dette kan gi tredjeparter innsikt i forhold som kan ha betydning for ICE sine muligheter til å konkurrere, og som derved vil kunne påføre ICE økonomisk tap.
- (44) Konkurransetilsynet fastholder videre at Telenor som part i sak 2012/0204 (Telenor-saken), heller ikke kan kreve innsyn i Nkoms brev som ble sendt Konkurransetilsynet i forbindelse med foretakssammenslutningen i sak 2014/0289 (Telia/Tele2).
- (45) Etter Konkurransetilsynets oppfatning inngår ikke Nkoms brev i «sakens dokumenter» i sak 2012/0204 (Telenor-saken). Det er ingen uttalelser i brevet fra Nkom som knytter seg til vilkår i Telenors tilgangsavtaler. Konkurransetilsynet har heller ikke vist til Nkoms brev i V2018-20 (vedtak i Telenor-saken).

2.2.3 Vedtak V2015-1

- (46) Konkurransetilsynet fastholder at vedtak V2015-1 inneholder forretningshemmeligheter som må unntas innsyn etter offentleglovas regler. Opplysningene som er sladdet, gjelder vilkår i gjestingsavtalen mellom Telia og ICE og vurdering av disse, samt vilkår i avtalen om overtakelse av siter (lokasjoner for basestasjoner) mellom Telia og ICE og vurdering av disse.
- (47) Når det gjelder begrunnelsen for at vilkårene i gjestingsavtalen utgjør forretningshemmeligheter, viser Konkurransetilsynet til anførselene som er gjengitt ovenfor.
- (48) For så vidt gjelder avtalen mellom Telia og ICE om overtakelse av siter, omhandler denne ifølge Konkurransetilsynet interne planer og strategier. Slik informasjon er normalt ikke offentlig tilgjengelig og deles vanligvis ikke mellom konkurrenter.

- (49) Konkurransetilsynet fastholder videre at Telenors status som part i sak 2012/0204 (Telenor-saken) ikke innebærer at selskapet kan kreve innsyn i sladdede opplysningene i vedtak V2015-1 (Telia/Tele2), da dette vedtaket ikke inngår som et av «*sakens dokumenter*» i Telenor-saken.
- (50) Konkurransetilsynet fremhever at deres tidligere praksis utgjør en relevant rettskilde i senere saker. Konkurransetilsynet viser derfor regelmessig til vedtakspraksis i vedtak og avgjørelser. Det er utarbeidet en offentlig versjon av vedtaket som Telenor har tilgang til. Etter Konkurransetilsynets oppfatning kan ikke henvisninger til faktum, juss og vurderinger i Konkurransetilsynets offentlige vedtakspraksis medføre at vedtakene det vises til blir en del av «*sakens dokumenter*».
- (51) Konkurransetilsynet anfører at slike henvisninger uansett ikke kan innebære at forretningshemmeligheter som er sladdet i offentlige vedtak, blir en del av «*sakens dokumenter*».
- (52) Etter Konkurransetilsynets oppfatning må krav om innsyn i tidligere vedtak som tilsynet viser til i sine vedtak og avgjørelser vurderes etter reglene i offentleglova. Dette må uansett gjelde i foreliggende sak.
- (53) I vedtak V2018-20 (vedtak Telenor-saken) er det vist til V2015-1 (Telia/Tele2). Konkurransetilsynet hevder dette er naturlig da begge vedtak gjelder mobilmarkedene i Norge. Konkurransetilsynet bygger således på faktum og vurderinger som har blitt lagt til grunn i sin tidligere vedtakspraksis og som er offentlig tilgjengelig. Konkurransetilsynet hevder at henvisningene i vedtak V2018-20 til vedtak V2015-1 kun viser til offentlig informasjon i V2015-1. Det er ifølge Konkurransetilsynet ingen holdepunkter for at sladdede opplysninger i vedtak V2015-1 har blitt benyttet som grunnlag i vedtak V2018-20 i sak 2012/0204 (Telenor-saken).
- (54) Konkurransetilsynet fastholder således at Telenor ikke kan kreve innsyn i sladdede deler av kapittel 8.1 i V2015-1 (Telia/Tele2) i medhold av forvaltningslovens regler om partsinnsyn.
- (55) Konkurransetilsynet hevder videre at det foreligger tungtveiende grunner for at Telenor ikke bør gis utvidet innsyn i disse opplysningene, selv om Konkurransetilsynet skulle komme til at partsinnsynsreglene får anvendelse.

2.2.4 Organinterne dokumenter

- (56) Konkurransetilsynet anfører at de omhandlede dokumentene er organinterne dokumenter som kan unntas fra innsyn etter forvaltningsloven § 18 a. Konkurransetilsynet har ikke funnet grunn til å gi utvidet innsyn i dokumentene etter forvaltningsloven § 18 annet ledd, ettersom hensynet til parten ikke veier tyngre enn behovet for unntak. Dokumentene inneholder ifølge Konkurransetilsynet ikke faktiske opplysninger av betydning for saken som ikke fremgår av andre dokumenter som klager har mottatt.

2.3 Merknader fra Telia og ICE om innsyn i gjestingsavtalen

- (57) I anledning innsynsbejæringen fra Telenor har Konkurransetilsynet innhentet merknader fra Telia og ICE. I e-post 17. september 2018 til Konkurransetilsynet har Telia på det sterkeste motsatt seg at det gis innsyn i gjestingsavtalen og henvist til at opplysningene i

avtalen er å anse som forretningshemmeligheter. Det samme er fremholdt av ICE i brev fra advokatfirmaet BAHR 14. september 2018 til Konkurransetilsynet.

- (58) Telia anfører at forretningshemmelighetene som Telenor eventuelt vil få innsyn i, bl.a. er prisvilkår for perioden 2015 – 2020. ICE viser til at gjestingsavtalen er av stor kommersiell betydning for ICE, selv om den opprinnelige avtalen er justert på enkelte punkter.

3. Konkurranseskjemenemndas vurdering

- (59) Konkurranseskjemenemnda behandler først spørsmålet om avslag på innsynsbegjæring i gjestingsavtalen mellom Telia og ICE, de sladdede delene av vedtak V2015-1 (Telia/Tele2) kapittel 8.1 og brevet fra Nkom datert 27. januar 2015. Deretter behandles spørsmålet om innsyn i organinterne dokumenter.

3.1 Innsyn i gjestingsavtalen mellom Telia og ICE, vedtak V2015-1 (Telia/Tele2), og brev fra Nkom

3.1.1 Innledning

- (60) Etter forvaltningsloven § 18 første ledd, har en part rett til å gjøre seg kjent med «*sakens dokumenter*».
- (61) Sakens dokumenter omfatter dokumenter som er utarbeidet eller innhentet i anledning saken, eller som er trukket inn i saken som bevis eller som støtte for vurderingene. Det er ikke avgjørende om dokumentet opprinnelig er skrevet for et annet formål eller i forbindelse med en annen sak. Hvis dokumentet blir brukt som en del av beslutningsgrunnlaget i den aktuelle saken, er det en del av saksdokumentene også i denne.
- (62) Hovedregelen etter offentleglova § 3, er at alle kan kreve innsyn i offentlige organers saksdokumenter, journaler og lignende register. Det følger av offentleglova § 13 første ledd at «*[o]pplysninger som er underlagde teieplikt i lov eller i medhald av lov, er unnatekne frå innsyn*».
- (63) Etter forvaltningsloven § 13 første ledd nummer 2, omfatter taushetsplikten «*tekniske innretninger og fremgangsmåter samt drifts- eller forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår*».

3.1.2 Gjestingsavtalen mellom Telia og ICE

- (64) Forvaltningsloven §§ 18 flg. regulerer partenes rett til innsyn i sakens dokumenter. Det første spørsmålet Konkurranseskjemenemnda må ta stilling til, er om gjestingsavtalen mellom Telia og ICE utgjør en del av «*sakens*» dokumenter i sak 2012/0204 (Telenor-saken).
- (65) I vedtak V2018-20 (vedtak i Telenor-saken) uttaler Konkurransetilsynet om gjestingsavtalen mellom Telia og ICE:

«(947) Etter Konkurransetilsynets oppfatning er det ikke nødvendig for tilsynet å gjøre inngående analyser av andre avtaler for å vurdere om omleggingen av prisstrukturen i Tilleggsavtale 2 var egnet til å begrense videre utbygging av det tredje nettet.

(948) Som Konkurransetilsynet har gjort rede for over, jf. kapittel 11.5.3, førte omleggingen av prisstrukturen i Tilleggsavtale 2 til at lønnsomheten for Network Norway ved videre utbygging av det tredje nettet ble vesentlig redusert og var således egnet til å begrense og/eller forsinke videre etablering av det tredje nettet.

(949) Som dominerende aktør har Telenor et særlig ansvar for at konkurransen i markedet ikke skades, og Telenor er dermed gjenstand for visse begrensninger som ikke gjelder for andre foretak, jf. avsnitt (723). De andre avtalene som Telenor sikter til, gjelder avtaler mellom Telia og aktører som kjøper nasjonal gjesting. Gjestingsavtaler som Telia har inngått med aktører som bygger nett, har således ikke betydning for vurderingen av om omleggingen av prisstrukturen i Tilleggsavtale 2 utgjorde misbruk av Telenors dominerende stilling.»

- (66) Videre uttaler Konkurransetilsynet avslutningsvis i avsnitt (952) at «[t]ilsynets godkjenning av foretakssammenslutningen [mellom Telia og Tele2] på vilkår innebærer således ingen godkjenning av gjestingsavtaler med denne type prisstruktur».
- (67) Gjestingsavtalen mellom Telia og ICE er nevnt i vedtak V2018-20 (vedtak i Telenor-saken), men verken avtalen som sådan eller vilkår i den er trukket inn i forbindelse med vurderingen av Telenors anførsler eller på annen måte vært en del av beslutningsgrunnlaget i saken.
- (68) Konkurranseskjennemnda finner derfor at gjestingsavtalen mellom Telia og ICE ikke inngår som en del av «sakens dokumenter» i sak 2012/0204 (Telenor-saken), og forvaltningslovens regler om partsinnsyn kommer dermed ikke til anvendelse.
- (69) Siden forvaltningslovens regler om partsinnsyn ikke kommer til anvendelse, må Konkurranseskjennemnda ta stilling til om Telenor har rett til innsyn etter reglene i offentleglova.
- (70) Utgangspunktet etter offentleglova § 3 er som nevnt at alle har rett til innsyn i saksdokumenter Konkurransetilsynet har. Loven gir imidlertid ikke rett til innsyn i dokumenter som er underlagt lovbestemt taushetsplikt.
- (71) Etter forvaltningsloven § 13 er «drifts- eller forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår» underlagt taushetsplikt. Det sentrale vurderingstemaet etter bestemmelsen er om det er av konkurransemessig betydning for dem opplysningene gjelder at de ikke blir kjent, og at det vil kunne lede til økonomiske tap om de blir det. I JDLOV-2010-5859 har Justisdepartementets lovavdeling uttalt at opplysninger kan være omfattet av taushetsplikt dersom kjennskap til dem kan skade forhandlingsposisjonen til dem opplysningene gjelder i nåværende eller fremtidige forhandlinger, «til dømes ved at andre tilpasser sine [...], priser og forretningsstrategier etter opplysningane. Det same gjeld dersom andre kan nytte informasjonen til å erobre ein forretningspartner eller ta marknadsdelar frå verksemda».
- (72) Gjestingsavtalen mellom Telia og ICE inneholder vilkår om tekniske forhold og priser. Dette er opplysninger som ikke er allment tilgjengelige eller kjent, og som vanligvis ikke deles mellom konkurrenter. Det er liten tvil om at slike opplysninger kan utnyttes av konkurrerende foretak i egen strategiplanlegging, i konkurransen om den enkelte kunde,

og i eventuelle fremtidige forhandlingssituasjoner. Slik utnyttelse vil kunne påføre Telia og/eller ICE økonomisk tap.

- (73) Omfanget av taushetsplikten kan minske etter hvert som tiden går. Gjestingsavtalen gjelder for perioden 2015 til 2020, og det er opplyst at den er justert på enkelte punkter. Avtalen ser således noe annerledes ut i dag enn den Telenor har bedt om innsyn i. ICE har i brevet fra advokatfirmaet BAHR 14. september 2018, opplyst at gjestingsavtalen likevel har stor kommersiell betydning fremdeles.
- (74) Samlet vurdert, herunder sett i sammenheng med at vilkårene i gjestingsavtalen gjelder for perioden 2015-2020, finner Konkurransklagenemnda at opplysninger som fremgår av dokumentet er underlagt taushetsplikt. Da de aktuelle opplysningene utgjør den vesentligste delen av dokumentet, må hele gjestingsavtalen mellom Telia og ICE unntas offentlighet, jf. offentleglova § 12 bokstav c.

3.1.3 Den usladdede versjonen av vedtak V2015-1 (Telia/Tele2)

- (75) Også for så vidt gjelder den usladdede versjonen av vedtak V2015-1 (Telia/Tele2) må Konkurransklagenemnda først ta stilling til om den utgjør en del av «*sakens dokumenter*» i sak 2012/0204 (Telenor-saken), jf. forvaltningsloven §§ 18 flg.
- (76) De sladdede opplysningene i vedtak V2015-1 kapittel 8.1 omhandler vilkår i gjestingsavtalen mellom Telia og ICE og vilkår om overtakelse av siter (lokasjoner for basestasjoner) mellom Telia og ICE, samt vurderingen av disse.
- (77) Dokumentet er ikke opprettet i anledning Telenor-saken, og dokumentet vil derfor kun falle inn under «*sakens dokumenter*» hvis det likevel er trukket inn av Konkurransetilsynet som en del av beslutningsgrunnlaget i saken.
- (78) Den delen av vedtak V2015-1 (Telia/Tele2) som Konkurransetilsynet har vist til i vedtak V2018-20 (vedtak i Telenor-saken), er avsnitt (660). Dette avsnittet er usladdet i den offentlige versjonen av vedtak V2015-1, som Telenor har tilgang til. Konkurransklagenemnda kan ikke se at henvisingen til dette avsnittet er av en slik karakter at det gjør vedtak V2015-1 til en del av dokumentene i Telenor-saken.
- (79) Konkurransklagenemnda bemerker for øvrig at det vil kunne ha uheldige følgevirksomheter dersom henvisninger til et forvaltningsorgans tidligere praksis skal ha som følge at de tidligere vedtakene blir en del av «*sakens dokumenter*». Forvaltningen er avhengig av at aktører har tillit til at forretningssensitiv informasjon ikke gis ut til tredjeparter. Hensynet til ensartet praksis, og så vel partenes som omverdenens mulighet til å vurdere dette, tilsier at det er ønskelig at forvaltningsorganet forholder seg til sin tidligere praksis, og at dette gjenspeiles i de begrunnelser organet gir for sine vedtak. En fortolkning av «*sakens dokumenter*» som innebærer at slike henvisninger vil kunne gi partene i en sak utvidet innsyn i sladdede deler av tidligere vedtak, vil undergrave denne praksisen.
- (80) Konkurransklagenemnda finner det klart at vedtak V2015-1 (Telia/Tele2) ikke inngår som en del av «*sakens dokumenter*» i sak 2012/0204 (Telenor-saken).
- (81) Siden forvaltningslovens regler om partsinnsyn ikke kommer til anvendelse, må Konkurransklagenemnda vurdere om Telenor har rett til innsyn etter reglene i offentleglova.

- (82) Som nevnt gjelder de sladdede opplysningene i vedtak V2015-1 (Telia/Tele2) kapittel 8.1 vilkårene i gjestingsavtalen og vilkår om overtakelse av siter, og vurderingen av disse.
- (83) Så langt spørsmålet gjelder om offentleglova gir rett til innsyn i gjestingsavtalen, viser Konkurransklagenemnda til behandlingen av dette spørsmålet ovenfor, og konklusjonen blir den samme her som der.
- (84) For så vidt gjelder vilkårene om overtakelse av siter, blir problemstillingen om dette er opplysninger om «*drifts- eller forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår*», jf. offentleglova § 13 sammenholdt med forvaltningsloven § 13.
- (85) Opplysningene om overtakelse av siter gir informasjon om ICEs utbyggingsplaner, og om vurderinger av fremtidig behov for utbygging. Dette er opplysninger som ikke er allment tilgjengelige eller kjent, og som vanligvis ikke deles mellom konkurrenter. Det kan heller ikke være tvilsomt at slike opplysninger om et foretaks interne planer og strategier kan utnyttes av konkurrerende foretak i egen strategiplanlegging.
- (86) Konkurransklagenemnda finner etter dette at opplysningene som fremgår av dokumentet om vilkårene for overtakelse av siter, også er underlagt taushetsplikt.

3.1.4 Innsyn i de sladdede delene av brevet fra Nkom

- (87) Også for spørsmålet om innsyn i de sladdede delene av brevet fra Nkom av 27. januar 2015, behandler Konkurransklagenemnda først spørsmålet om forvaltningsloven §§ 18 flg., som regulerer rett til innsyn i «*sakens dokumenter*», kommer til anvendelse.
- (88) Brevet fra Nkom inneholder merknader til de avhjelpende tiltakene i sak 2014/0289 (Telia/Tele2), og omhandler blant annet vilkårene i gjestingsavtalen mellom Telia og ICE.
- (89) Brevet er taust med hensyn til Telenors tilgangsavtaler. Konkurransetilsynet har heller ikke vist til Nkoms brev i vedtak V2018-20 (vedtak i Telenor-saken). Konkurransklagenemnda anser derfor ikke Nkoms brev av 27. januar 2015 som en del av «*sakens dokumenter*» i sak 2012/0204 (Telenor-saken).
- (90) For så vidt gjelder spørsmålet om offentleglova gir rett til innsyn, bemerker Konkurransklagenemnda at de sladdede opplysningene i brevet fra Nkom gjelder kontraktsvilkårene i gjestingsavtalen mellom Telia og ICE, og Nkoms vurdering av disse. Nemnda har ovenfor kommet til at opplysningene i gjestingsavtalen er taushetsbelagte forretningshemmeligheter. Nemnda er på denne bakgrunn av den oppfatning at heller ikke offentleglova gir rett til innsyn i Nkoms vurderinger av avtalevilkårene i gjestingsavtalen.
- (91) Konkurransklagenemnda finner etter dette at opplysningene som fremgår av dokumentet om vilkårene for overtakelse av siter, også er underlagt taushetsplikt.

3.1.5 Telenors anførsel om begrensninger i taushetsplikten etter forvaltningsloven § 13 b

- (92) Telenor har anført at taushetsplikten etter forvaltningsloven § 13 ikke er til hinder for at opplysningene om prisstrukturen i gjestingsavtalen mellom Telia og ICE gjøres kjent for

Telenors representant, advokatfirmaet Thommessen, i den grad dette er nødvendig for at Telenors tarv i saken skal kunne ivaretas, jf. forvaltningsloven § 13 b første ledd nr. 1.

- (93) Konkurransklagenemnda har ved behandlingen av denne anførselen delt seg i et flertall og et mindretall. Konkurransklagenemndas flertall, medlemmene Fredriksen og Wittemann, forstår Telenors anførsel slik at den er knyttet til den avveining mellom en parts behov for innsyn og det vern av forretningshemmeligheter som forvaltningsloven § 19 gir anvisning på. Ettersom nemnda ovenfor har kommet til at de dokumentene Telenor krever innsyn i, ikke er en del av Telenor-sakens dokumenter i henhold til forvaltningsloven § 18, ser flertallet ikke grunn til å ta stilling til denne anførselen. Flertallet tilføyer imidlertid at det etter flertallets syn er uten betydning om Telenors henvisning til forvaltningsloven § 13 b trekkes inn i en vurdering av selskapets innsynsrett etter offentleglova. Unntaket i offentleglova § 13 for taushetsbelagte opplysninger kan riktignok ikke gjøres gjeldende overfor en part som kan påberope seg forvaltningsloven § 13 b første ledd nr. 1, men flertallet forstår avgrensningene i denne bestemmelsen slik at unntaket fra taushetsplikten bare gjelder overfor de som er parter, eller deres representanter, *i den saken hvis dokumenter det kreves innsyn i*. De dokumentene Telenor krever innsyn i er ikke en del av Telenor-sakens dokumenter. Begrensningen av taushetsplikten etter § 13 b første ledd nr. 1 kommer således ikke til anvendelse overfor Telenor, og Telenor kan da ikke kreve innsyn i opplysningene med hjemmel i offentleglova.
- (94) Mindretallet, medlemmet Arnesen, oppfatter Telenors anførsel slik at den gjelder uavhengig av om innsynsadgangen vurderes etter reglene om partsinnsyn eller etter offentleglova. For ham er det derfor nødvendig å ta stilling til spørsmålet om den begrensningen i taushetsplikten som følger av forvaltningsloven § 13 b kommer til anvendelse der innsynsgrunnlaget er offentleglovas bestemmelser, og den som begjærer innsyn er part i en forvaltningssak hvor de opplysningene det kreves innsyn i, ikke fremgår av *«sakens dokumenter»*.
- (95) I Ot.prp. nr. 102 (2004-2005) *Om lov om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentleglova)* heter det, på s. 129-130, om unntaket i offentleglova § 13 fra hovedregelen om innsyn:
- «Unntaket i første ledd for opplysningar som er underlagde teieplikt i lov, vil på grunn av føresegna i forvaltningslova § 13 b første ledd nr. 1 ikkje vere til hinder for at ein part får innsyn etter offentleglova. Som det går fram av rundskriv G-28/98 frå Justisdepartementet, vil føresegnene i forvaltningslova § 19 gjelde analogisk når ein part krev innsyn etter offentleglova. Parten har dermed ikkje rett til innsyn i opplysningar som er nemnde i forvaltningslova § 19. Meirinnsyn må likevel vurderast.»*
- (96) Der slike opplysninger som etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2 er underlagt taushetsplikt fremgår av sakens dokumenter, gir ikke reglene om partsinnsyn en part krav på å gjøre seg kjent med disse, jf. forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b. Forvaltningsorganet skal likevel, jf. forvaltningsloven § 18 annet ledd vurdere å gi merinnsyn.
- (97) De begrensningene i taushetsplikten som følger av forvaltningsloven § 13 b første ledd nr. 1 er begrunnet i hensynet til kontradiksjon og partens mulighet til å vareta sin tarv i saken, jf. for så vidt bestemmelsens annet ledd, og vil kunne begrunne merinnsyn etter forvaltningsloven § 18 annet ledd.

- (98) For den som er part i en forvaltningssak, kan innsyn også i andre dokumenter enn sakens være av betydning for muligheten til å vareta sine interesser i den forvaltningssaken vedkommende er part i. Innsyn i slike dokumenter reguleres ikke av forvaltningsloven §§ 18 flg., og innsyn må derfor kreves med grunnlag i offentleglova.
- (99) Der de opplysningene det er tale om er underlagt taushetsplikt etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2, kan etter dette medlems syn forvaltningsloven § 13 b første ledd nr. 1 ikke leses slik at den omstendighet at parten krever innsyn i en annen sak enn sin, er av betydning for om bestemmelsen kommer til anvendelse eller ikke. Det avgjørende må være at den som krever innsyn etter offentleglova er part i en sak som de opplysningene det kreves innsyn i har en rimelig nær forbindelse til. Er dette tilfellet, er taushetsplikten etter forvaltningsloven § 13 ikke til hinder for at det gis innsyn. Vurderingen av om innsyn skal gis, og i hvilket omfang, må da skje i samsvar med de retningslinjer som gjelder der innsynsretten reguleres av forvaltningsloven §§ 18 flg.
- (100) Det er ikke nødvendig for mindretallet å vurdere om og i hvilket omfang innsyn skal gis, og heller ikke er det nødvendig å vurdere spørsmålet om innsynsretten kan begrenses til Telenors representant, advokatfirmaet Thommessen.

4. Innsyn i organinterne dokumenter

- (101) Konkurransklagenemnda går så over til å behandle spørsmålet om innsyn i Konkurransetilsynets interne dokumenter. Klagen gjelder avslag på innsyn i flere interne dokumenter i sak 2012/0204 (Telenor-saken). Dokumentene er angitt med dokumentnummer 1, 7, 8, 9, 10, 11, 21, 22, 24, 30 og 125 i Konkurransetilsynets sakslogg.
- (102) Utgangspunktet etter forvaltningsloven § 18 a, er at en part ikke har krav på å gjøre seg kjent med organinterne dokumenter.
- (103) En gjennomgang av dokumentene viser at alle dokumentene er interne arbeidsdokumenter utarbeidet av en eller flere saksbehandlere i Konkurransetilsynet. Dokumentene faller etter Konkurransklagenemndas vurdering klart inn under definisjonen av organinterne dokumenter.
- (104) Det fremgår av forvaltningsloven § 18 c at selv om dokumentet eller deler av det er unntatt som organinternt dokument, *«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»*.
- (105) Konkurransklagenemnda skal i tråd med dette foreta en konkret vurdering av de enkelte dokumentene og opplysningene som fremgår av disse.
- (106) Dokumentene med dokumentnummer 1, 7, 8, 9, 10, 11, 21, 22, 24, og 30 er alle interne notater utarbeidet av en eller flere saksbehandlere i Konkurransetilsynet for bevissikringen i saken. Konkurransklagenemnda viser til Konkurransetilsynets sammendrag av innholdet i de enkelte dokumentene i punkt 5.2.1 i oversendelsen av klagen 13. november 2018 til nemnda.

- (107) Dokumentene er utarbeidet på et tidlig stadium i saken, flere år før vedtak V2018-20 (vedtak i Telenor-saken) ble fattet. Det er snakk om interne arbeidsnotater utarbeidet under utredningen av saken. Dokumentene gir uttrykk for foreløpige vurderinger, interne prioriteringer og anbefalinger om videre utredninger, utarbeidet av en eller flere saksbehandlere i Konkurransetilsynet. Flere av dokumentene fremstår uferdige, og ingen av dokumentene gir uttrykk for endelige løsninger i saken. Det konkluderes ikke vedrørende ulike alternativer som er oppstilt.
- (108) Konkurransklagenemndas vurdering er at hensynet til forvaltningens interne avgjørelsesprosesser og den frie meningsutvekslingen i forvaltningen gjør seg gjeldende med tyngde for disse dokumentene. Nemnda kan for øvrig heller ikke se at de aktuelle dokumentene har bevisverdi i saken. I den utstrekning disse dokumentene inneholder gjengivelse av faktum, er disse opplysningene også gjengitt i vedtak V2018-20 (vedtak i Telenor-saken) og varsel om vedtak 23. november 2016.
- (109) Konkurransklagenemnda har etter dette kommet til at dokumentene med dokumentnummer 1, 7, 8, 9, 10, 11, 21, 22, 24, og 30, inneholder opplysninger «uten betydning for avgjørelsen» eller faktiske opplysninger som «finnes i et annet dokument som parten har tilgang til». Dokumentene inneholder dermed ikke opplysninger som en part har rett til å gjøre seg kjent med i medhold av forvaltningsloven § 18 c.
- (110) Selv om et dokument kan unntas fra innsynsrett etter forvaltningsloven § 18 a, skal det likevel vurderes å gi helt eller delvis innsyn (merinnsyn), jf. forvaltningsloven § 18 annet ledd. Etter denne bestemmelsen bør det gis innsyn dersom hensynet til parten veier tyngre enn behovet for unntak.
- (111) Som Konkurransklagenemnda har kommet til overfor, gjør hensynet til forvaltningens interne avgjørelsesprosesser og den frie meningsutvekslingen i forvaltningen seg gjeldende med tyngde for disse dokumentene. Det samme gjelder operasjonsplaner for bevissikring mv. som det er av betydning for Konkurransetilsynets virksomhet at ikke blir kjent. Konkurransklagenemnda er enig med Konkurransetilsynet i at disse hensynene gjør seg gjeldende i like stor grad selv om det er gått noe tid etter at dokumentene ble utarbeidet. Nemnda bemerker også at dokumenter utarbeidet på et tidlig stadium i saken har liten bevisverdi, og at gjengivelse av faktum i disse dokumentene også er gjengitt i andre dokumenter som Telenor har tilgang til.
- (112) Konkurransklagenemnda finner etter dette at hensynet til parten ikke veier tyngre enn behovet for unntak. Det er dermed ikke grunnlag for å gi merinnsyn i disse dokumentene, jf. forvaltningsloven § 18 annet ledd.
- (113) Dokument 125, «Notat til møte», er beskrevet av Konkurransetilsynet som et internt notat utarbeidet av en eller flere saksbehandlere i tilsynet i forbindelse med et internt møte. Gjengivelsen av faktiske opplysninger i dette dokumentet er i stor grad gjengitt i vedtak V2018-20 (vedtak i Telenor-saken), som Telenor har tilgang til.
- (114) I noen grad inneholder dokumentet faktiske opplysninger som ikke er å gjenfinne i V2018-20 (vedtak i Telenor-saken) eller varsel om vedtak. Konkurransklagenemnda er av den oppfatning at dette er opplysninger som ikke har bevisverdi i saken. Dokumentet inneholder i tillegg noen bearbeidelser av faktum i saken. Noen av disse bearbeidelsene finnes også i V2018-20 (vedtak i Telenor-saken), som Telenor har tilgang til. I den grad

disse bearbeidelsene ikke kan gjenfinnes i V2018-20 (vedtak i Telenor-saken), mener nemnda at disse ikke har bevisverdi i saken.

- (115) Dokument 125 inneholder dermed ikke opplysninger som en part har rett til å gjøre seg kjent med i medhold av forvaltningsloven § 18 c.
- (116) For spørsmålet om det skal gis helt eller delvis innsyn (merinnsyn), jf. forvaltningsloven § 18 annet ledd, viser Konkurransklagenemnda til at opplysningene som fremgår av dokument 125 enten ikke har bevisverdi i saken, eller at opplysningene også finnes i dokumenter Telenor har tilgang til. Nemnda har derfor kommet til at hensynet til parten ikke veier tyngre enn behovet for unntak, og at det dermed ikke er grunnlag for å gi merinnsyn i dette dokumentet.
- (117) Dokumentene vil etter dette unntas partsoffentlighet med hjemmel i forvaltningsloven § 18 a. Konkurransklagenemnda har vurdert merinnsyn etter forvaltningsloven § 18 annet ledd, og om innsyn skal gis etter forvaltningsloven § 18 c, men har ikke funnet grunnlag for at det skal gis ytterligere innsyn.

Konklusjon:

Klagen forkastes.

Dokumentet er godkjent elektronisk