



Konkurransklagenemnda

Konkurransklagenemndas avgjørelse – V06/2019 - 25. oktober 2019

Sak: 2019/150

Klager: Advokatfirmaet Ræder AS v/advokat Fredrik Ottesen.

Konkurransklagenemndas medlemmer:

Karin Fløistad, Harald Evensen og Ronny Gjendemsjø

1 Sakens bakgrunn

- (1) Konkurransetilsynet traff 7. november 2018 avgjørelse om avslag på innsyn i dokument 1 i Konkurransetilsynets sak 2018/441. Konkurransetilsynet la til grunn at saken var en mulig overtredelsessak av konkurranseloven §§ 10 eller 11 som ikke var avsluttet, og at dokumentet derfor kunne unntas innsyn med hjemmel i konkurranseloven § 26. Avslag på innsynsbegjæringen ble påklaget av advokat Fredrik Ottesen i advokatfirmaet Ræder 28. november 2018 (heretter «Ottesen» eller «klager»). Konkurransetilsynet vedtok i brev 19. januar 2019 å avvise klagen, da Konkurransetilsynet la til grunn at avslag på innsyn med hjemmel i konkurranseloven § 26 første ledd ikke utløser klagerett. Konkurransetilsynet mottok 31. januar 2019 klage på avvisningsvedtaket.
- (2) Konkurransetilsynet vurderte klagen, men konkluderte med at den ikke ga grunnlag for å endre eller oppheve vedtaket, jf. lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker av 10. februar 1967 (forvaltningsloven) § 33. Klagen og sakens dokumenter ble derfor oversendt Konkurransklagenemnda ved Konkurransetilsynets innstilling 21. februar 2019.
- (3) Konkurransetilsynet opplyste i telefonsamtale fredag 27. september 2019 og i e-post 30. september 2019 at sak 2019/441 er avsluttet og at offentleglova nå gjelder for saken. Konkurransetilsynet vil derfor ta innsynsbegjæringen til behandling på nytt etter reglene i offentleglova.
- (4) Ottesen har i telefon til Konkurransklagenemnda 30. september 2019 bekreftet at han opprettholder klagen til Konkurransklagenemnda, uavhengig av om Konkurransetilsynet eventuelt gir innsyn i dokumentet.
- (5) Etter forvaltningsloven § 34 annet ledd kan Konkurransklagenemnda prøve alle sider av saken. Dette betyr at nemnda kan prøve både faktum, saksbehandling, rettsanvendelse og skjønn. Etter forvaltningsloven § 34 siste ledd første punktum kan nemnda treffe nytt vedtak i saken.

Postadresse

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no

2 Klagerne og Konkurransetilsynets anførsler

2.1 Klagerne hovedanførsler

- (6) Konkurranseloven § 26 kommer ikke til anvendelse. Unntaket fra offentleglova som følger av konkurranseloven § 26 for «saker om overtredelse» må begrenses til «etterforskningsaker». Denne saken er ikke å anse som en «etterforskningsak» som hjemler unntak fra offentlig innsyn etter konkurranseloven § 26. Konkurransetilsynet strekker hjemmelen for langt når de nekter innsyn i andre saker enn «etterforskningsaker», særlig når man ser på unntakets forhistorie og begrunnelse. Det er i denne saken ikke åpenbart at en klage etterfulgt av en NTB-melding om tilgangsnekt og/eller for høy pris er en «sak om overtredelse».
- (7) Uansett er det en mangel ved avvisningen at det overhodet ikke er foretatt en vurdering av om unntaket i konkurranseloven § 26 kommer til anvendelse i denne saken.
- (8) Endelig er vurderingen av merinnsyn mangelfull/fraværende. Det er ikke underbygget hvorfor behovet for unntak eventuelt veier tyngre enn behovet for innsyn.

2.2 Konkurransetilsynets hovedanførsler

- (9) Dokumentet gjaldt en pågående etterforskningsak i Konkurransetilsynet, hvor tilsynet vurderte en mulig overtredelse av konkurranseloven §§ 10 eller 11. Konkurranseloven gir i slike tilfeller hjemmel til å ikke vurdere innsyn etter offentleglovas regler. Det er etter Konkurransetilsynets syn ikke holdepunkter for at lovgiver har valgt å skille mellom ulike typer overtredelsessaker når det gjelder virkeområdet til konkurranseloven § 26, og bestemmelsen gjelder helt generelt. Konkurranseloven § 26 kommer derfor til anvendelse i saken.
- (10) Avvisningen er tilstrekkelig begrunnet.
- (11) Konkurransetilsynet har også vurdert merinnsyn, ut i fra en vurdering av offentlighetens behov for innsyn, opp mot etterforskningsmessige hensyn. En nærmere begrunnelse for Konkurransetilsynets vurdering kan ikke kreves ettersom dette vil bero på interne vurderinger knyttet til den pågående etterforskningen i den konkrete saken.

3 Klagenemndas vurdering

3.1 Sakens aktualitet

- (12) Etter at vedtaket ble påklaget, har Konkurransetilsynet opplyst at saken er avsluttet og at saken dermed ikke lenger er unntatt innsyn med hjemmel i konkurranseloven § 26. Konkurransetilsynet vil på denne bakgrunn nå vurdere innsynsbegjæringen etter de alminnelige reglene i offentleglova. Konkurransetilsynets klagenemnda har på bakgrunn av de endrede faktiske forhold vurdert sakens aktualitet.
- (13) Etter forvaltningsloven § 28 kan enkeltvedtak påklages av «en part eller annen med rettslig klageinteresse».
- (14) Det er på det rene at klager er part ved avvisningsspørsmålet. Konkurransetilsynets klagenemnda har imidlertid vurdert om klager også må ha rettslig klageinteresse. Både ordlyd og forarbeidene trekker i retning av at dette er to alternative vilkår. Forarbeidene legger til grunn at parter alltid har muligheten til å klage på et enkeltvedtak. Under diskusjonen om enkeltvedtak alltid skal kunne påklages vises det i Ot.prp.nr. 38 (1964-1965) til

forvaltningsloven at «så vidt kategorisk som utkastets første punktum er formet, vil klageretten heller ikke være avskåret».¹ Utkastet hadde samme ordlyd som den endelige ordlyden i forvaltningsloven § 28. Sivilombudsmannen har lagt til grunn den samme forståelsen i sin praksis.²

- (15) Konkurransklagenemnda har derfor kommet til at det ikke kreves at parter må ha rettslig klageinteresse for at klagen skal realitetsbehandles, og at vilkåret «*rettslig klageinteresse*» kun skal vurderes av hvis man ikke er part.
- (16) Konkurransklagenemnda vil derfor behandle klagen på avvisningsspørsmålet.

3.2 Konkurranseloven § 26

- (17) Avslag på begjæring om innsyn er ikke et enkeltvedtak. Adgangen til å klage er derfor særskilt hjemlet i offentleglova § 32, som gir klagerett over avgjørelser i medhold av offentleglova. Konkurransklagenemnda legger til grunn at det ikke er klagerett over avslag på innsyn med hjemmel i konkurranseloven § 26, ettersom offentleglova ikke gjelder for saker som ikke er avsluttet.
- (18) Avgjørelsen om avvisning av klagen er likevel et enkeltvedtak som utløser klagerett jf. forvaltningsloven § 2 tredje ledd, og forvaltningsloven § 28 første ledd. Det er avvisningsvedtaket som skal vurderes av Konkurransklagenemnda.
- (19) En forutsetning for at Konkurransetilsynets avvisningsvedtak er gyldig, er at konkurranseloven § 26 kommer til anvendelse, og dermed gir hjemmel for å avvise klagen. Konkurransklagenemnda må derfor først ta stilling til om dokumentet det er begjært innsyn i gjelder en «*sak[...]* om overtredelse av §§ 10, 11, 18 første ledd, 19 første ledd eller vedtak i medhold av denne lov».
- (20) Klager har anført at Konkurransetilsynet strekker konkurranseloven § 26 for langt når Konkurransetilsynet lar bestemmelsen også omfatte saker som ikke er etterforskningssaker. Klager viser blant annet til uttalelser i forarbeidene til den tilsvarende bestemmelsen i den tidligere konkurranseloven og juridisk teori.
- (21) Konkurransklagenemnda er av den oppfatning at det vil kunne oppstå vanskelige grensedragninger om Konkurransetilsynet skal skille mellom når en sak er en etterforskningssak, eller når en sak ikke vil kreve ytterligere etterforskning. Konkurransklagenemnda kan heller ikke se at en slik tolkning har støtte i forarbeidene, se Ot.prp. nr. 6 side 177³:
- (22) *"Departementet er enig med utvalget i at Konkurransetilsynet reelt sett driver etterforskning når de behandler saker om overtredelser av forbudene i konkurranseloven eller vedtak gitt i medhold av den. Slike saker har likhetstrekk med saker som behandles etter straffeprosessloven der offentlighetsloven ikke gjelder. Offentlighetsloven inneholder omfattende unntak også for forvaltningens behandling av slike saker, jf. offentlighetsloven §§ 6 nr. 2 bokstav c og 6 nr. 5. Til tross for innvendingene fra enkelte høringsinstanser om å komplisere lovverket med særregler på forskjellige områder av forvaltningen, slutter departementet seg til utvalgets forslag om at offentlighetsloven ikke*

¹ Ot.prp.nr.38 (1964-1965) Om lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) s. 93.

² Se bl.a. SOM-2009-823, SOM-2008-103. Se også sivilombudsmannens årsmelding 2008, s. 401.

³ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger
B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalenes konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

skal gjelde i saker om overtredelse av forbudene i konkurranseloven eller i saker om overtredelser av vedtak i medhold av den, så lenge saken ikke er avsluttet. Etter departementets oppfatning vil et slikt unntak gi en ryddig avklaring av forholdet til offentlighetsloven i denne typen saker."

- (23) Hvis lovgiver hadde ment å skille mellom virkeområdet til konkurranseloven § 26 for ulike typer overtredelsessaker burde dette etter Konkurransklagenemndas syn kommet klart til uttrykk i forarbeidene. Forarbeidene trekker heller i retning av at offentliglova ikke skal gjelde i noen overtredelsessaker, en tolkning som gir en lovteknisk enkel regel å overholde. Konkurransetilsynet har uansett forklart at dette var en pågående etterforsknings sak på tidspunktet for innsynsbejæringen og klagen. Nemnda trenger derfor ikke å ta endelig stilling til anførselen, da den aktuelle saken etter det opplyste var en etterforsknings sak.
- (24) Konkurransklagenemnda legger til grunn at Konkurranse loven § 26 kom til anvendelse i saken på tidspunktet for innsynsbejæringen og klagen.
- (25) Spørsmålet om Konkurransetilsynet har vurdert merinnsyn og om begrunnelsen til Konkurransetilsynet er tilstrekkelig, er etter Konkurransklagenemndas syn vurderinger som knytter seg til Konkurransetilsynets materielle vurdering av om det skal gis innsyn i dokumentet. Ettersom Konkurransetilsynets avgjørelse ikke gir klagerett, er nemndas behandling begrenset til spørsmålet om avvisningen var rettmessig, som i denne saken er begrenset til spørsmålet om hjemmelsgrunlaget. Konkurransetilsynets faktiske vurdering av innsynsbejæringen gir som nevnt ikke klagerett, og vil derfor ikke være gjenstand for overprøving ved nemndas vurdering av om avvisningen var rettmessig.
- (26) Konkurransklagenemnda legger derfor til grunn at når avslag på innsyn etter konkurranse loven § 26 ikke gir adgang til klage, hadde Konkurransetilsynet hjemmel til å avvise klagen.

4 Avgjørelse

- (27) Konkurransklagenemnda fatter etter dette følgende vedtak:

Klagen tas ikke til følge.

Avgjørelsen er enstemmig.

Dokumentet er godkjent elektronisk