



Konkurransklagenemnda

Konkurransklagenemndas vedtak V04/2020 6. august 2020

Sak: 2020/576

Klager: O.N. Sunde A/S og Gjelsten Holding AS

Prosessfullmektig: Advokatfirmaet BAHR AS v/ Helge Stemshaug og Harald K. Selte

Konkurransklagenemndas medlemmer:

Karin Fløistad, Bjørn Eirik Hansen og Tore Lunde

1 Innledning

- (1) Saken gjelder klage over Konkurransetilsynets avgjørelse om avslag på innsyn i dokumenter i forbindelse med Konkurransetilsynets pågående vurdering av foretakssammenslutningen mellom Gjelsten Holding AS/O.N. Sunde A/S (heretter i felleskap kalt *klager*) og deler av virksomheten etter Gresvig Retail Drift AS mfl.
- (2) Klagen gjelder avslag på innsyn i:
 - i. Konkurransetilsynets referat/oppsummering fra telefonsamtalen mellom klagers advokat og rådgiver fra advokatfirmaet BAHR AS og Konkurransetilsynets saksbehandlere som fant sted 1. april 2020, og
 - ii. Konkurransetilsynets nedtegnelser fra Konkurransetilsynets telefonsamtale med bostyrer i konkursboet etter Gresvigkonsernet som fant sted 21. februar 2020.
- (3) Konkurransetilsynet avsto innsynsbegjæringene i to e-poster 15. juni 2020, med den begrunnelse at dokumentene var organinterne dokumenter jf. forvaltningsloven § 18 a. første ledd. Konkurransetilsynet kom til at de deler av dokumentene som inneholder faktiske opplysninger eller sammendrag eller annen bearbeidelse av faktum, er «uten betydning for avgjørelsen» eller «finnes i et annet dokument som parten har tilgang til». Dokumentene ble derfor i sin helhet unntatt offentlighet, jf. forvaltningsloven § 18 c.
- (4) Konkurransetilsynet vurderte også merinnsyn etter forvaltningsloven § 18 andre ledd, men kom til at behovet for unntak veide tyngre enn behovet for innsyn.
- (5) Klager påklaget avslaget 17. juni 2020. 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..

Postadresse

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no

Klagen og sakens dokumenter ble derfor oversendt Konkurransklagenemnda ved Konkurransetilsynets innstilling 30. juni 2020.

2 Klagers og Konkurransetilsynets anførsler

2.1 Klagers anførsler

- (6) Klager har i hovedsak gjort gjeldende:
- (7) Konkurransetilsynets merinnsynsvurdering etter forvaltningsloven § 18 andre ledd er uriktig og mangler begrunnelse. Det er vanskelig å se at det er tungtveiende argumenter mot å gi partsinnsyn i en «oppsummering» fra telefonmøte med partenes representanter og «notering/nedtegnelser» fra et telefonmøte mellom Konkurransetilsynet og bostyrer i konkursboet etter Gresvigkonsernet.
- (8) Subsidiært anføres det at Konkurransetilsynet skulle ha gitt innsyn i de deler av dokumentene som inneholder faktiske opplysninger eller sammendrag eller annen bearbeidelse av faktum, jf. forvaltningsloven § 18 c. Konkurransetilsynet har ikke klargjort om de anser opplysningene å være «uten betydning for avgjørelsen» eller om opplysningene «finnes i et annet dokument som parten har tilgang til», jf. forvaltningsloven § 18 c. Videre har ikke Konkurransetilsynet fattet noen beslutning i saken, og hva som er «uten betydning for avgjørelsen» kan dermed ikke fastslås på nåværende tidspunkt. Ettersom begge dokumentene har sitt utspring fra telefonsamtaler, kan ikke klager se at opplysningene «finnes i et annet dokument som parten har tilgang til», jf. forvaltningsloven § 18 c.

2.2 Konkurransetilsynets anførsler

- (9) Konkurransetilsynet har i hovedsak gjort gjeldende:
- (10) Avslaget på innsyn må opprettholdes.
- (11) Merinnsyn etter forvaltningsloven § 18 andre ledd er vurdert, men hensynet til parten veier ikke tyngre enn de hensyn som begrunner unntak for de aktuelle dokumentene.
- (12) Når det gjelder e-post av 1. april 2020 sendt fra en ansatt i Konkurransetilsynet til andre ansatte i Konkurransetilsynet, inneholder denne Konkurransetilsynets interne vurderinger av den videre saksbehandlingen i forbindelse med tilsynets behandling av foretakssammenslutningen. E-posten er sendt på et tidlig stadium i saksbehandlingen (pre-notifikasjonsfasen), og de vurderingene som fremkommer i denne er dermed av svært foreløpig karakter. Opplysningene er Konkurransetilsynets interne og foreløpige vurderinger, og ikke faktiske opplysninger i henhold til forvaltningsloven § 18 c første punktum. E-posten inneholder også en generell beskrivelse av tilbakemeldingen som ble gitt fra Konkurransetilsynet til partene om tilsynets foreløpige vurderinger av foretakssammenslutningen. Disse opplysningene er tilgjengelige for partene i andre dokumenter, herunder eksempelvis e-post fra Konkurransetilsynet til BAHR v/Harald Selte av 10. mars 2020.
- (13) Når det gjelder Konkurransetilsynets nedtegnelser fra telefonsamtale med bostyrer i konkursboet etter Gresvigkonsernet, er de delene av dokumentet som inneholder faktiske opplysninger, sammendrag eller annen bearbeidelse av faktum enten «uten betydning for avgjørelsen» eller «finnes i et annet dokument som parten har tilgang til»,

jf. forvaltningsloven § 18 c. Notatet er skrevet i stikkordsform og bærer etter Konkurransetilsynets oppfatning klart preg av å være organinternt.

3 Klagenemndas vurdering

- (14) Det følger av forvaltningsloven § 18 a, at en part ikke har krav på å gjøre seg kjent med *«dokument som et forvaltningsorgan har utarbeidd for sin egen interne saksforberedelse (organinterne dokumenter)»*.
- (15) De to dokumentene inneholder notater og vurderinger fra telefonsamtaler til internt bruk i Konkurransetilsynet, dokumentene er derfor organinterne dokumenter etter forvaltningsloven § 18 a. Det er heller ikke anført av klager at dokumentene ikke er å anse som organinterne.
- (16) 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.»*
- (17) Selv om et dokument kan unntas fra innsynsrett etter forvaltningsloven § 18 a, skal det også vurderes å gi helt eller delvis innsyn (merinnsyn), jf. forvaltningsloven § 18 andre ledd. Av bestemmelsen fremgår det at det bør gis innsyn *«dersom hensynet til parten veier tyngre enn behovet for unntak»*.
- (18) I tråd med dette vil Konkurransetilsynets klagenemnda foreta en konkret vurdering av de to dokumentene og opplysningene som fremgår av disse.

3.1 Konkurransetilsynets referat/oppsummering fra telefonsamtale mellom klagers advokat og rådgiver og Konkurransetilsynets saksbehandlere som fant sted 1. april 2020

- (19) Dette dokumentet er en e-post som ble sendt 1. april fra en ansatt i Konkurransetilsynet til andre ansatte i Konkurransetilsynet. Den inneholder en kortfattet foreløpig vurdering av foretakssammenslutningen basert på telefonsamtalen som fant sted tidligere samme dag mellom klagers advokat og rådgiver og to av Konkurransetilsynets saksbehandlere, samt annen informasjon som var tilgjengelig på daværende tidspunkt.
- (20) E-posten inneholder i all hovedsak Konkurransetilsynets saksbehandlers kortfattede foreløpige vurdering av saken, basert på den foregående telefonsamtale samt tilgjengelig informasjon på daværende tidspunkt. Disse vurderingene er verken *«faktiske opplysninger eller sammendrag eller annen bearbeidelse av faktum»* jf. forvaltningsloven § 18 c. Dokumentet inneholder foreløpige vurderinger, og gir ikke uttrykk for endelige konklusjoner i saken.
- (21) I den utstrekning e-posten inneholder faktiske opplysninger eller bearbeidelse av faktum, er det enten snakk om faktum uten betydning for avgjørelsen eller faktum som gjenfinnes i andre dokumenter som begge partene har tilgang til, jf. forvaltningsloven § 18 c. Foranlediget av klagers anførsler bemerker nemnda at unntaket fra innsynsretten i forvaltningsloven § 18 c også gjelder når de faktiske opplysningene er innhentet i en telefonsamtale. Det avgjørende er om opplysningen er å gjenfinne i et annet dokument,

- (22) E-posten inneholder etter dette ikke opplysninger en part har rett til å gjøre seg kjent med jf. forvaltningsloven § 18 c.
- (23) Selv om et dokument kan unntas fra innsynsrett etter forvaltningsloven § 18 a, må som nevnt Konkurransklagenemnda også vurdere om det skal gis merinnsyn. Hvorvidt det skal gis merinnsyn beror på en konkret helhetsvurdering hvor hensynet til parten må veies opp mot hensynet for unntak.
- (24) E-posten inneholder som nevnt Konkurransetilsynets foreløpige vurderinger av foretakssammenslutningen, gjort på et tidlig tidspunkt i prosessen. Konkurransklagenemndas vurdering er at disse foreløpige vurderingene, slik de fremgår av e-posten, er uten relevans for saken. Til dette kommer at hensynet til forvaltningens interne avgjørelsesprosesser og den frie meningsutvekslingen i forvaltningen gjør seg gjeldende med tyngde for dette dokumentet.
- (25) På denne bakgrunn finner Konkurransklagenemnda at hensynet til parten ikke veier tyngre enn behovet for unntak. Det er dermed ikke grunnlag for å gi merinnsyn i e-posten av 1. april 2020, jf. forvaltningsloven § 18 andre ledd.
- (26) Dokumentet unntas etter dette partsoffentlighet med hjemmel i forvaltningsloven § 18 a. Konkurransklagenemnda har vurdert, men kommet til at det ikke skal gis innsyn etter forvaltningsloven § 18 c eller merinnsyn etter forvaltningsloven § 18 andre ledd.

3.2 Konkurransetilsynets nedtegnelser fra Konkurransetilsynets telefonsamtale med bostyrer i konkursboet etter Gresvigkonsernet som fant sted 21. februar 2020

- (27) Dette dokumentet er et stikkordspreget e-postnotat som en saksbehandler i Konkurransetilsynet har utarbeidet i forbindelse med Konkurransetilsynets telefonsamtale med bostyrer i Gresvigkonsernet v/ Ro Sommernes Advokatfirma DA, som fant sted 21. februar 2020. Notatet er ikke sendt til noen, verken internt eller eksternt.
- (28) Konkurransetilsynet anfører at de delene av dokumentet som inneholder faktiske opplysninger eller sammendrag eller annen bearbeidelse av faktum enten er «uten betydning for avgjørelsen» eller «finnes i et annet dokument som parten har tilgang til», jf. forvaltningsloven § 18 c, og at klager derfor ikke har rett til å gjøre seg kjent med verken hele eller deler av dokumentet.
- (29) Nærmere bestemt viser Konkurransetilsynet til at opplysningene fremgår av Konkurransetilsynets e-post av 24. februar 2020 til bostyrer med pålegg om å gi informasjon etter konkurranseloven § 24, samt bostyrers besvarelse av dette pålegget datert 25. februar 2020, som klager har tilgang til offentlige versjoner av. I tillegg er det vist til Konkurransetilsynets avgjørelse i sak A2020-1, som gjaldt godkjennelse av klagers søknad om unntak fra gjennomføringsforbudet.
- (30) Konkurransklagenemnda har gjennomgått Konkurransetilsynets nedtegnelser fra telefonmøtet med bostyrer 21. februar 2020, sammenholdt med dokumentene nevnt i avsnittet ovenfor, som klager altså har tilgang til offentlige versjoner av. Etter Konkurransklagenemndas vurdering fremgår tilnærmet alle opplysningene i Konkurransetilsynets nedtegnelser fra telefonmøtet 21. februar 2020 av bostyrers svar på informasjonspålegg, datert 25. februar 2020.

- (31) Det finnes noen opplysninger i Konkurransetilsynets nedtegnelser fra telefonmøtet 21. februar 2020 som Konkurransesklagememnda ikke kan se at fremgår av bostyrers svar på informasjonspålegg av 25. februar 2020, eller de andre dokumentene som Konkurransetilsynet har vist til, og som klager har tilgang til. Slik Konkurransesklagememnda forstår det, er dette imidlertid opplysninger som partene har kjennskap til – enten som tidligere eier, panthaver i boet eller som interessent til virksomheten. Det er derfor ikke grunnlag for å utgi dokumentet med hjemmel i forvaltningsloven § 18 c.
- (32) Selv om et dokument kan unntas fra innsynsrett etter forvaltningsloven § 18 a, skal det som nevnt vurderes å gi helt eller delvis innsyn (merinnsyn), jf. forvaltningsloven § 18 andre ledd.
- (33) Konkurransesklagememnda har foretatt en helhetsvurdering av partenes behov for kontradiksjon opp mot behovet for unntaket, og finner at i dette konkrete tilfellet bør det gis merinnsyn i notatet fra telefonmøte med bostyrer, jf. forvaltningsloven § 18 andre ledd. Memnda har særlig lagt vekt på at Konkurransetilsynets nedtegnelser fra telefonmøtet 21. februar 2020 ikke gir uttrykk for foreløpige vurderinger, og kun er et objektivt stikkordsnotat med oversikt over hva som var tema i telefonmøtet med bostyrer, altså et stikkordspreget møtereferat. Notatet inneholder dermed ingen vurderinger og hensynet til forvaltningens interne avgjørelsesprosesser og den frie meningsutvekslingen i forvaltningen, som er formålet med unntaksbestemmelsen gjør seg dermed ikke gjeldende i særlig grad for dette dokumentet. Det ble heller ikke senere gitt ut et endelig referat. Selv om de fleste av opplysningene i dokumentet også fremgår av bostyrers svar på informasjonspålegget, tilsier likevel hensynet til kontradiksjon at det bør gis innsyn. Telefonsamtalen med bostyrer inngår i Konkurransetilsynets informasjonsinnhenting/faktuminnhenting i en inngripende sak, og partene bør derfor få innsyn i hva som var tema i et telefonmøte hvor partene selv ikke deltok.

4 Avgjørelse

- (34) Konkurransesklagememnda fatter etter dette følgende vedtak:

Klagen tas delvis til følge, ved at det gis merinnsyn i notatet fra telefonmøte med bostyrer, jf. forvaltningsloven § 18 andre ledd.

- (35) Avgjørelsen er enstemmig.
- (36) Avgjørelsen er endelig og kan ikke påklages jf. forvaltningsloven § 28 tredje ledd.

Dokumentet er godkjent elektronisk