



## Konkurransetilsynetsnemnda

### Konkurransetilsynetsnemndas vedtak – V04-2022 – 29. juni 2022

**Sak:** 2021/1665

**Klager:** Coop Norge AS

**Prosessfullmektig:** Advokatfirmaet Wiersholm AS v/advokat Håkon Cosma Størdal

### Konkurransetilsynetsnemndas medlemmer:

Kaja Moen Welo, Elisabeth Wittemann og Arnt Erlend Skjefstad

## 1 Sakens bakgrunn

- (1) Saken gjelder klage på partsinnsyn i dokumenter i Konkurransetilsynets [REDACTED]  
[REDACTED] Coop Norge SA (heretter «Coop» eller «klager») ved Advokatfirmaet Wiersholm AS begjærte 19. august 2021 blant annet innsyn i dokument [REDACTED]
- (2) Innsynskravet er reist i forbindelse med pågående sak 2017/539 («prisjegersaken»), der klager etterforskes for brudd på konkurransereglene ved koordinering av priser. Det ble sendt ut varsel 15. desember 2020 med pålegg om opphør av overtredelse etter konkurranseloven § 12 første ledd og illeggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29, jf. § 10 og EØS-avtalen artikkel 53, til NorgesGruppen, Coop Norge SA og Rema 1000 AS. Konkurransetilsynets foreløpige vurdering, som kommer frem i varselet, er at de nevnte partene gjennom enighet om praktiseringen av «Bransjenorm for Sammenlignende Reklame i Dagligvarebransjen», har samarbeidet om å gi tilgang til hverandres dagligvarebutikker for omfattende innhenting av varelinjepriser. Slik har partene ifølge Konkurransetilsynet skaffet seg omfattende og hyppig oppdatert innsikt i hverandres priser og prisendringer. Konkurransetilsynets foreløpige vurdering er at dette har lagt til rette for koordinering mellom partene, og at samarbeidet har både konkurransebegrensende formål og virkning.
- (3) Konkurransetilsynet ga 27. august 2021 klager innsyn i [REDACTED]  
[REDACTED] Konkurransetilsynet avslo 27. august 2021 begjæringen om innsyn i [REDACTED] med grunnlag i forvaltningsloven § 18 a om unntak for organinterne dokumenter. Konkurransetilsynets vurderte at det ikke var grunnlag for merinnsyn etter forvaltningsloven § 18 andre ledd.

**Postadresse**

Postboks 511 Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse**

Zander Kaaes gate 7  
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no

- (4) Konkurransetilsynet mottok klage over avslaget på innsynsbegjæringen 14. september 2021. Klagen gjaldt for [REDACTED] Klager har sortert dokumentene i tre kategorier:
- Dokumentkategori I: Utkast til rapport, [REDACTED]
  - Dokumentkategori II: Kommentarer og oppfølging ifm. rapport, [REDACTED]
  - Dokumentkategori III: Administrativ dokumentasjon/kommunikasjon, presentasjon av sak og tilsvarende oversendelse av dokumentasjon, [REDACTED]
- (5) Konkurransklagenemnda har avgrenset dette vedtaket til å gjelde to av dokumentene, se en nærmere begrunnelse i punkt 3.1 under. De to dokumentene er [REDACTED] (i dokumentkategori I).
- (6) Konkurransetilsynet vurderte klagen, men kom til at den ikke ga grunnlag for å endre eller oppheve vedtaket, jf. forvaltningsloven § 33. Klagen og sakens dokumenter ble derfor oversendt til Konkurransklagenemnda ved Konkurransetilsynets innstilling 5. oktober 2021.
- (7) Klager innga supplerende merknader 25. oktober 2021. Konkurransetilsynet svarte på merknadene 9. november 2021. Klager innga ytterlige merknader 11. november 2021.
- (8) På bakgrunn av Konkurransklagenemndas begrensede antall medlemmer, anmodet settenemndsleder i Konkurransklagenemnda, Tore Lunde, 3. november 2022 departementet om å vurdere å oppnevne tilstrekkelig antall stedfortredere i nemnda for tilfeller hvor prosessuelle spørsmål må behandles før behandling av klage over selve gebyrvedtaket i samme sakskompleks. Dette fordi det ikke er ønskelig at klage på et gebyrvedtak behandles av nemndsmedlemmer med kjennskap til opplysninger som klager ikke har fått innsyn i, noe som kan reise spørsmål om nemndsmedlemmenes habilitet.
- (9) Departementet oppnevnte på denne bakgrunn lovrådgiver Kaja Moen Welo, lagdommer Elisabeth Wittemann og lagdommer Arnt Erlend Skjefstad som settemedlemmer i Konkurransklagenemnda i brev 12. november 2021. I e-post 12. november 2021 utpekte settenemndsleder de nevnte settemedlemmene til å behandle denne saken, jf. konkurranseloven § 36 tredje ledd siste punktum. Lovrådgiver Kaja Moen Welo ble utpekt til saksordfører.
- (10) I e-post 27. april 2022 til Konkurransetilsynet ba Konkurransklagenemnda om begrunnelse for at kravet om innsyn er behandlet direkte etter forvaltningsloven § 18 a mv. og eventuelt begrunnelse for at Konkurransetilsynet mener at konkurranseloven § 26 andre ledd ikke kommer til anvendelse i saken. Konkurransetilsynet besvarte henvendelsen i e-post 3. mai 2022. Klager innga merknader til Konkurransetilsynets begrunnelse i brev 13. mai 2022.
- (11) Etter forvaltningsloven § 34 andre 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.

## 2 Klagers og Konkurransetilsynets anførsler

### 2.1 Klagers hovedanførsler

- (12) Klager gjør gjeldende at konkurranseloven § 26 andre ledd uttømmende regulerer Konkurransetilsynets adgang til å nekte partsinnsyn i overtredelsessaker, og at det ikke er rom for å innskrenke Coops innsynsrett ved å supplere med unntakene i forvaltningsloven § 18.
- (13) I alle tilfelle er dokumentene ikke organinterne og det er ikke grunnlag for å nekte innsyn i de aktuelle dokumentene. Konkurransetilsynets varsel i sak 2017/539 anses som en strafferettslig siktelse i relasjon til EMK art. 6 og det skal derfor tungtveiende grunner til for å gjøre unntak for innsyn i dokumenter tilknyttet saken. Innsyn er påkrevd for å ivareta straffeprosessuelle rettergangsgarantier. Innsynsrett må oppfylles allerede på nåværende tidspunkt, før illeggelse av et eventuelt overtredelsesgebyr, slik at klager gis anledning til å utøve reell kontradiksjon ved inngivelse av tilsvaret til varselet. For at klager skal ha en reell og likestilt kontradiksjonsmulighet er det en forutsetning at det gis innsyn direkte i dokumentene knyttet til de sakkyndiges arbeid. Klager har også krav på innsyn i de delene av de eksterne sakkyndiges vurderinger som kan utgjøre bevis, men som tilsynet har valgt å ikke ta med eller vektlegge i varselet, i henhold til EMDs praksis. Det må gjøres en selvstendig og konkret vurdering av om det må gis innsyn i de enkelte dokumentene i saker knyttet til straff, jf. Rt. 2013 s. 917.
- (14) Joseph Harrington og Richard Whish er ikke en del av Konkurransetilsynet i henhold til forvaltningsloven § 18 a. [REDACTED]  
[REDACTED] Klager har vanskelig for å se at hensynet til beskyttelse av den interne sfæren, hensynet til fri utveksling av synspunkter og at interne dokumenter utarbeidet på et tidlig stadium av saken ikke har den nødvendig kvalitet til å gis ut, som begrunner unntak, gjør seg gjeldende. Begge rapportene fremstår ut fra det klager er kjent med som endelige, og Konkurransetilsynet har ikke noen grunn til å holde dem tilbake fra partene.
- (15) Harringtons oppgave er i kjernen av hva man typisk innhenter bistand fra eksterne til, og karakteren av oppdraget tilsier ikke at hans arbeid skal hemmeligholdes for å beskytte den interne sfære i forvaltningen. Hensynet til klagers kontradiksjon gjør seg sterkt gjeldende, ettersom Harringtons [REDACTED]  
Dette er en problemstilling som klager har ønsket dialog med Konkurransetilsynet om og som er lite belyst i varselet. Whish sin siste rapport fremstår som endelig, og hensynet til at forvaltningen skal ha en fortrolig sfære gjør seg ikke gjeldende for slike eksterne faglige vurderinger som rapporten innebærer.
- (16) [REDACTED]  
[REDACTED] Det endrer heller ikke denne vurderingen at [REDACTED]  
[REDACTED]
- (17) Høyesteretts avgjørelser i Rt. 2012 s. 1239, Rt. 2012 s. 1481 og Rt. 2013 s. 9 viser at så lenge de eksterne bistand har vært sakkyndige vurderinger basert på de spørsmål og informasjon som påtalemyndigheten (Konkurransetilsynet) har gitt vedkommende, er

det ikke tale om organinterne dokumenter som kan unntas fra innsynsretten. Det er ikke belegg i [redacted] for at de sakkyndige reelt har inntatt roller som kan sidestilles med å være en del av etterforsknings- eller «påtaleteamet» til Konkurransetilsynet. De sakkyndige har ikke vært en del av tilsynets faste prosjektteam i saken. Den omstendighet at de eksterne sakkyndige ikke er samlokalisert med Konkurransetilsynet i deres lokaler, men befinner seg i USA og England, er en god indikator på om de rent faktisk er tilsluttet teamet og underlagt tilsynets instruksjonsmyndighet.

- (18) Forvaltningsloven § 18 b gir heller ikke hjemmel for å nekte innsyn. De delene av dokumentene som ikke er råd og vurderinger, men «generelle utgreiingar av faktiske tilhøve eller av rettsspørsmål» m.m., skal det etter forarbeidene gis innsyn i. Hvis det ikke vil medføre skadevirkninger å gi klager innsyn i dokumentene, kan ikke dokumentene unntas. Klager kan vanskelig se at det er en reell fare for skade av et visst omfang forbundet med at klager gis innsyn i de aktuelle dokumentene.
- (19) For det det tilfellet at de eksterne sakkyndige skulle anses som en del av forvaltningsorganet og dokumentene anses organinterne, har Coop uansett rett til innsyn i de deler av rapportene som inneholder faktiske opplysninger eller sammendrag eller annen bearbeidelse av faktum, jf. § 18 c. Innsynsretten etter § 18 c omfatter ikke bare rene faktiske opplysninger, men også skjønsmessige momenter som knytter seg til Konkurransetilsynets og de eksterne bevisvurderinger, herunder også økonomiske beregninger.
- (20) Atter subsidiært gjøres det gjeldende at klager har krav på merinnsyn i rapportene. Forvaltningslovens nedslagsfelt er i hovedsak knyttet til mindre alvorlige saker, f.eks. spørsmål om byggetillatelse, og vurderingen av innsyn i vår sak kan ikke ses uavhengig av denne avgjørende forskjellen. Dette innebærer at uttalelsene til forarbeidene til forvaltningsloven, og søsterbestemmelsen i offentleglova, må leses med den viktige begrensningen at både forvaltnings- og offentleglova er regelsett myntet på helt andre typetilfeller, hvor andre og mindre vektige hensyn begrunner innsyn. Forarbeidene omtaler heller ikke forholdet til EMK og straffeprosessuelle innsynsregler, noe som vitner om at uttalelsene i all hovedsak har hatt mer dagligdagse og mindre alvorlige tilfeller for øyet.
- (21) Klagers behov for kontradiksjon er stort og kan ikke undergraves ved at forvaltningen anvender forvaltningsloven § 18 a som et generalavslag på innsyn i en sak av denne karakter, ei heller at faktiske opplysninger ikke oppgis fordi de «finnes i et annet dokument som [Coop] har tilgang til», jf. forvaltningsloven § 18 c. Saken har et enormt omfang, hvor [redacted]  
[redacted]  
[redacted] Som et minstekrav har klager rett til innsyn i [redacted]  
Harrington og Whishs rapporter.
- (22) Det er tale om gjennomarbeidede rapporter utarbeidet av internasjonale kapasiteter innen konkurranserett og økonomi. Også de eksterne sakkyndiges vurderinger vil kunne utgjøre bevis for overtredelse av konkurranseloven. Dette fordi Konkurransetilsynets skadehypotese om stilltiende koordinering på flere punkter forutsetter at det føres bevis for, og gjøres økonomiske analyser av, sider ved det norske dagligvaremarkedet. Når

det gjelder rapportene fra Harrington, understreker behovet for kontradiksjon med tyngde behovet for innsyn i disse rapportene. At rapportene er [REDACTED] kan ikke være avgjørende. En sannsynlig og troverdig tolkning av [REDACTED]

## 2.2 Konkurransetilsynets anførsler

(23) Det er Konkurransetilsynets prinsipale standpunkt at konkurranseloven § 26 andre ledd supplerer forvaltningslovens innsynsregler, og at forvaltningsloven § 18 a gir hjemmel for å unnta innsyn i de dokumentene denne saken gjelder.

(24) Utgangspunktet etter forvaltningsloven § 18 a er at en part ikke har krav på å gjøre seg kjent med organinterne dokumenter. Unntakets rekkevidde er ikke begrenset til organet selv, men kan også omfatte personer som er midlertidig tilknyttet et organ gjennom enkeltstående oppdrag.

(25) Oppdragene skjer som ledd i tilsynets interne, forberedende saksbehandlingsskritt i en pågående etterforskningssak. [REDACTED]

[REDACTED] Oppdragets art skiller seg dermed klart fra de tilfellene der det skal utarbeides en generell faglig betenkning fra en eller flere konsulenter som Konkurransetilsynet benytter. For den ene av oppdragstakerne [REDACTED]

Det fremgår av [REDACTED]

(26)

Konsulentenes oppdrag er dermed del av den løpende interne saksforberedelsen i sak 2017/539.

(27)

[REDACTED] Rådgiverne er tett integrert i tilsynets løpende arbeid med saken.

(28) Notatene/rapportene som er skrevet så langt er ikke endelige. [REDACTED]

[REDACTED] inngår som en del av det totale beslutningsgrunnlaget for ulike rettslige og økonomiske vurderinger underveis i saken.

(29)

[REDACTED]

[REDACTED] Konkurransetilsynets foreløpige syn på sak 2017/0539 fremgar som kjent av varsel i saken, som partene fikk oversendt 15. desember 2020.

- (30) Rådgiverne utfører oppgaver som er sammenvevd med oppgaver tilsynet ellers utfører, og som normalt ville blitt utøvd av tilsynet selv.
- (31) Dokumentene kunne også vært unntatt med hjemmel i forvaltningsloven § 18 b annet ledd. De aktuelle dokumentene kan subsidiært rubriseres som dokumenter som inneholder råd og vurderinger, jf. forvaltningsloven § 18 b annet ledd. Saken gjelder en omfattende og pågående etterforskningssak der mye saksbehandling åpenbart gjenstår før det eventuelt kan treffes et endelig vedtak i saken. I en sak som reiser flere krevende vurderinger av rettslig og økonomisk karakter, vil det offentlige, i likhet med sakens parter, ha behov for å knytte til seg faglig bistand og ekspertise for å få diskutert og prøvd argumentasjon i en intern og fortrolig sfære, og unntak er påkrevd av hensyn til en forsvarlig ivaretagelse av det offentliges interesser i saken, jf. § 18 b andre ledd og Konkurransklagenemndas avgjørelse V05/2019 i sak 2019/401, avsnitt 40-43, med videre henvisning til avgjørelse fra FAD 28. oktober 2019 (etter riktig referanse: avgjørelse fra FAD 28. oktober 2013).
- (32) Dokumentene inneholder ikke faktiske opplysninger som ikke er gjengitt på en grundigere og mer oppdatert måte i varsel i sak 2017/0539, eller faktiske opplysninger av betydning for avgjørelsen, jf. forvaltningsloven § 18 c.
- (33) Begrunnelsen for å unnta interne dokumenter fra partsinnsyn er at et forvaltningsorgan skal kunne ha en intern sfære der informasjon kan holdes fortrolig, slik at man kan ha fri intern meningsutveksling om alle sider av saken. Disse hensynene står sentralt i vurderingen av om det skal gis merinnsyn.
- (34) Så lenge en sak er til behandling for Konkurransetilsynet eller Konkurransklagenemnda, skal vurderingen av innsyn skje med utgangspunkt i reglene i konkurranseloven, forvaltningsloven og/eller offentleglova. Det er følgelig ikke grunnlag for å forskuttede merinnsyn på grunnlag av eventuelle fremtidige rettsprosesser for domstolen og reglene om bevis tilgang.
- (35) Merinnsyn i disse organinterne dokumentene er ikke nødvendig for å ivareta behovet for kontradiksjon utover det klager allerede har fått eller vil få som ledd i den pågående prosessen med merinnsyn i sak 2017/0539. Den informasjonen som er gitt til rådgiverne, er ikke av betydning for klagers mulighet til å imøtegå tilsynets vurderinger, ettersom informasjonen allerede er gjengitt på en grundigere og mer oppdatert måte i varselet. Hensynet til kontradiksjon er derfor tilstrekkelig ivaretatt.
- (36) Dokumentene inneholder [REDACTED]  
[REDACTED] og kan sammenlignes med intern korrespondanse og intern saksutredning og opplysninger knyttet til en pågående sak i tilsynet. Dokumentene gir heller ikke

uttrykk for et endelig standpunkt fra verken oppdragstakernes eller tilsynets side. Utvidet innsyn i dokumentene skader slike hensyn som forvaltningsloven § 18 a skal beskytte.

- (37) Utvidet innsyn i dokumentene vil være til skade for hensynene som søkes beskyttet i forvaltningsloven § 18a. Dokumentene er utarbeidet av oppdragstakere hvis samarbeid er tett integrert i tilsynets saksbehandling. Dokumentene er videre utarbeidet for intern saksbehandling i tilsynet og inneholder foreløpige vurderinger som er gjenstand for videre bearbeiding. Hensynene som begrunner unntaket etter forvaltningsloven § 18 a gjør seg dermed gjeldende med styrke, og det foreligger et reelt og saklig behov for unntak.
- (38) Subsidiært gjøres det gjeldende at de samme vurderingene og det samme resultatet følger av konkurranseloven § 26 og vilkåret «sakens dokumenter», riktig tolket.

### **3 Klagenemndas vurdering**

#### **3.1 Avgrensning av dette vedtaket**

- (39) Klagen i saken knytter seg til i overkant av 80 dokumenter. To av disse har også en annen part begjært innsyn i, og disse er gjenstand for klage fra denne parten. Det gjelder [REDACTED] Foreliggende sak og den andre nevnte klagesaken, sak 2021/1712, behandles parallelt i Konkurransklagenemnda. Av hensyn til disse sakenes fremdrift og at partene samtidig skal få avgjort sine saker, behandles innsynsspørsmålet knyttet til de to [REDACTED] i dette vedtaket. Nemnda vil treffe eget vedtak knyttet til de øvrige dokumentene som foreliggende innsynsklage gjelder.

#### **3.2 Rettslige utgangspunkter**

- (40) Parter i en sak har som utgangspunkt rett til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter i medhold av forvaltningsloven § 18, for så vidt ikke annet følger av unntakene i §§ 18 til 19, som blant annet gjelder organinterne dokumenter og dokumentere innhentet utenfra for den interne saksforberedelsen.
- (41) For foretak som Konkurransetilsynet etterforsker for overtredelse av konkurranseloven § 10 mv., følger det av konkurranseloven § 26 andre ledd at foretaket skal gis adgang til å gjøre seg kjent med «sakens dokumenter», såfremt det kan skje uten skade eller fare for etterforskningen eller tredjeperson. Det følger av andre ledd andre punktum at unntaket i forvaltningsloven § 19 – om innskrenket adgang til innsyn i visse opplysninger, slik som for eksempel forretningshemmeligheter – gjelder tilsvarende.
- (42) Slik Konkurransklagenemnda ser det, reguleres partsinnsynsspørsmålet av konkurranseloven § 26 andre ledd, og ikke av de alminnelige reglene om partsinnsyn i forvaltningsloven §§ 18 – 18 d. Klager er under etterforskning for mulig overtredelse av konkurranseloven § 10, og det er varslet illeggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29, som anses som straff etter EMK. Konkurranseloven § 26 andre ledd fastsetter da at partene skal gis adgang til å gjøre seg kjent med det som er å anse som sakens dokumenter. Bestemmelsen må tolkes i lys av EMK artikkel 6 og hovedregelen om rett til innsyn i alt relevant bevismateriale. Unntakene fra innsynsretten etter konkurranseloven § 26 andre ledd fremgår av bestemmelsen og er nærmere omtalt i forarbeidene. Unntaket om at innsyn ikke kan gis hvis det er til skade for etterforskningen eller tredjemenn, er uformet etter mønster av straffeprosessloven §

242, jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 175. Når det gjelder unntak for innsyn i visse typer opplysninger, slik som opplysninger av betydning for rikets sikkerhet, forretningshemmeligheter mv., ble det i forarbeidene ansett som mest hensiktsmessig å innta en henvisning til forvaltningsloven § 19, under henvisning til at dette passet bedre for konkurransesaker enn unntakene i straffeprosessloven §§ 242 og 242 a, se op.cit. side 175.

- (43) Innsynsretten etter konkurranseloven § 26 andre ledd gjelder «sakens dokumenter». Det følger av forarbeidene at praksis etter straffeprosessloven skal legges til grunn ved avgrensningen av unntaket i § 26 andre ledd om at innsyn ikke må skade etterforskningen eller tredjemenn, jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 239, og at innsynsretten begrenses etter mønster fra straffeprosesslovens regler om innsyn på etterforskningsstadiet, jf. op.cit. punkt 9.4.4 på side 175. Praksis etter straffeprosessloven må også legges til grunn for avgrensningen av hva som utgjør «sakens dokumenter» etter konkurranseloven § 26 andre ledd.
- (44) Det følger av rettspraksis knyttet til straffeprosessloven § 242 at enkelte dokumenter og opplysninger kan holdes utenfor retten til innsyn, herunder visse typer interne dokumenter som ikke anses som «sakens dokumenter». Dette gjelder dokumenter som først og fremst brukes som utgangspunkt for etterforskning, som for eksempel arbeidsnotater om tips fra publikum, informantopplysninger og spaningsinformasjon, jf. Keiserud m. fl., Straffeprosessloven Kommentartutgave § 242 note 6, Juridika (2021), med videre henvisning til Høyesteretts avgjørelser i Rt. 1993 s. 1121, Rt. 2004 s. 1642, Rt. 2005 s. 198 og Rt. 2007 s. 1435. Det vises videre til at slike opplysninger eller dokumenter kan være viktige for etterforskningen i den enkelte sak, men er ikke ment å skulle brukes som bevis i en eventuell rettssak. Også dokumenter som er produsert av personer fra andre forvaltningsorganer kan etter omstendighetene være omfattet av unntaket for interne straffesaksdokumenter, jf. Rt. 2012 s. 1481, hvor ansatte i skatteetaten ble ansett å ha vært en del av politiets etterforskningsteam. I Rt. 2012 s. 1239 la Høyesteretts ankeutvalg til grunn at Økokrims korrespondanse med en amerikansk advokat for å få en sakkyndig vurdering av utenlandsk rett, som var anført som et bevistema av betydning for saken, var å anse som sakens dokumenter. Det ble blant annet vist til at innsyn i de aktuelle dokumentene ikke ville vanskeliggjøre Økokrims behov for å kunne arbeide internt og uforstyrret med egne vurderinger (avsnitt 31).
- (45) I NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov er det foreslått et uttrykkelig unntak for «opplysninger utarbeidet for intern bruk», se side 565 og lovutkastet § 6-1 andre ledd tredje setning. Forslaget viderefører i det vesentlige i gjeldende rett, jf. NOU 2016:24, punkt 12.4.1.1.
- (46) I Prop.147 L (2012-2013) Endringer i straffeprosessloven mv. (behandling og beskyttelse av informasjon) punkt 4.5.4 oppsummeres gjeldende rett slik at «dokumenter av ren intern karakter, som korrespondanse, notater og taktiske vurderinger, kan holdes utenfor det som er gjenstand for innsyn». Det understrekes at slike dokumenter ikke skal inneholde faktiske opplysninger som ikke også finnes i saksdokumentene, forutsatt at opplysningene er av betydning for den siktedes forsvar. Hvis dette likevel er tilfellet, skal det gis innsyn i opplysningene.
- (47) I Keiserud m. fl., Straffeprosessloven Kommentartutgave, § 242 note 6, Juridika (2021) er rettstilstanden oppsummert slik at begrepet sakens dokumenter i utgangspunktet



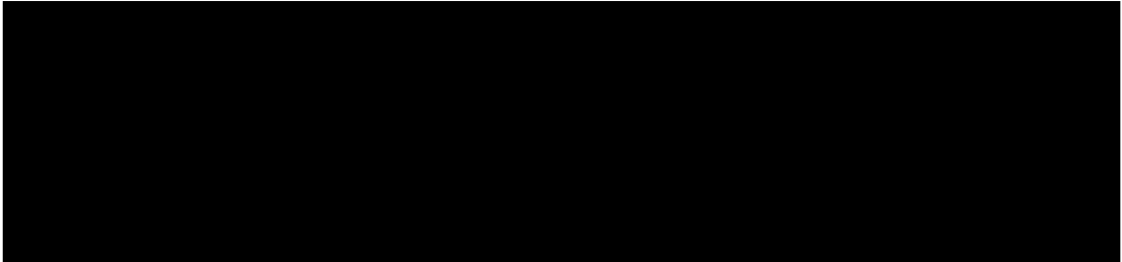
omfatter alle dokumenter som er blitt til eller innhentet/fremkommet under etterforskningen av den saken tiltalen gjelder, men slik at det er en viss adgang til å unnta dokumenter som er utarbeidet som ledd i politiets og påtalemyndighetens (her: Konkurransetilsynets) interne saksforberedelse.

- (48) I Rt. 2005 s. 198, med henvisning til Rt. 1993 s. 1121, la Høyesteretts ankeutvalg til grunn at politiet må ha en skjønnsmessig adgang til å vurdere hvorvidt, og på hvilket tidspunkt, arbeidsnotater mv. skulle gjøres til sakens saksdokumenter, eller kun benyttes som grunnlag for etterforskningen. Det er ikke mulig å holde bevismateriale av betydning utenfor innsynsretten ved ikke å gjøre det til en del av sakens dokumenter, jf. HR-2015-588-U.
- (49) Straffeprosessloven § 242 suppleres av regler i EMK, særlig artikkel 5 og 6, se Keiserud m. fl., Straffeprosessloven Kommentartutgave, § 242 note 2, Juridika (2021). Konkurransetilsynet har varslet overtredelsesgebyr, som utgjør straff i EMKs forstand. I saker som gjelder straff etter EMK har parten som hovedregel rett til innsyn i «alt relevant bevismateriale», jf. EMK artikkel 6, jf. HR-2020-1790-U. Hensynet til kontradiksjon for den som er under etterforskning er sentralt både etter EMK artikkel 6 og straffeprosessloven § 242. På den annen side står hensynet til den etterforskende myndighets behov for å arbeide internt og uforstyrret, jf. Rt. 2012 s. 1239, avsnitt 31. I Rt. 2013 s. 917 som gjaldt tilleggsskatt, som også anses som straff etter EMK artikkel 6, fremgår det at innsynsretten må være oppfylt forut for vedtak om tilleggsskatt, jf. avsnitt 87. Nemnda legger til grunn at det samme vil gjelde i sak om overtredelsesgebyr, men bemerker at vurderingen av bevisstilgang vil kunne variere avhengig av hvor langt i prosessen saken har kommet.

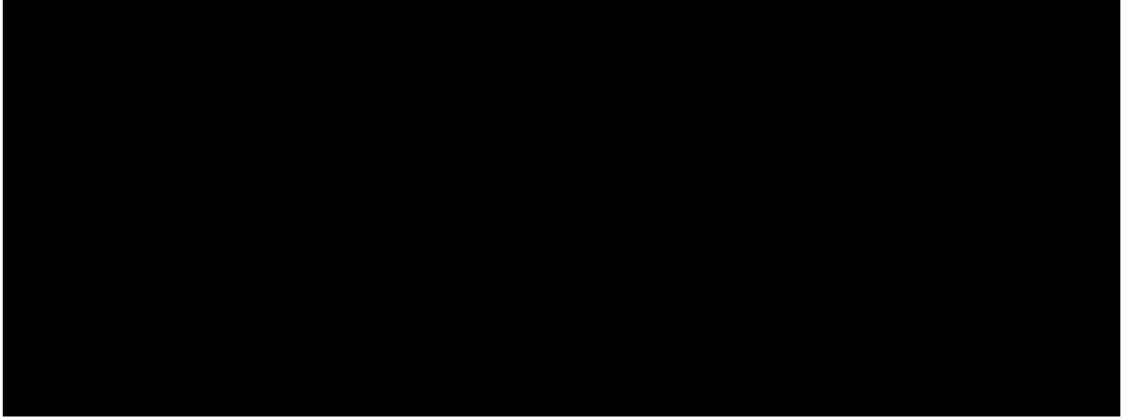
### **3.3 Vurdering av retten til innsyn i rapport fra Richard Whish etter konkurranseloven § 26 andre ledd**

- (50) Konkurranseskjennemnda legger til grunn at rapporten fra Richard Whish, [REDACTED] er et dokument som er blitt til eller innhentet/fremkommet under etterforskningen av prisjegersaken, og den er derfor som utgangspunkt en del av sakens dokumenter. Spørsmålet i saken er om dokumentet eller deler av dokumentet likevel ikke er å anse som del av sakens dokumenter og derfor ikke omfattes av partsinnsynsretten etter konkurranseloven § 26 andre ledd. Dette vil være dersom rapporten eller opplysninger i rapporten er utarbeidet for intern bruk, og slik at opplysningene er av en slik karakter at innsyn vil vanskeliggjøre Konkurransetilsynets behov for å arbeide internt og uforstyrret med egne vurderinger vedrørende saken. Det som er bevismateriale av betydning eller bevis i saken, kan uansett ikke holdes utenfor sakens dokumenter. Dersom opplysninger utgjør bevis i saken, skal det gis innsyn selv om opplysningene ikke er fremlagt eller påberopt som bevis, jf. Rt. 2011 s. 1188 (avsnitt 33).
- (51) Richard Whish er jurist og professor emeritus ved King's College London og fagekspert innenfor konkurranserett. [REDACTED]

(52)

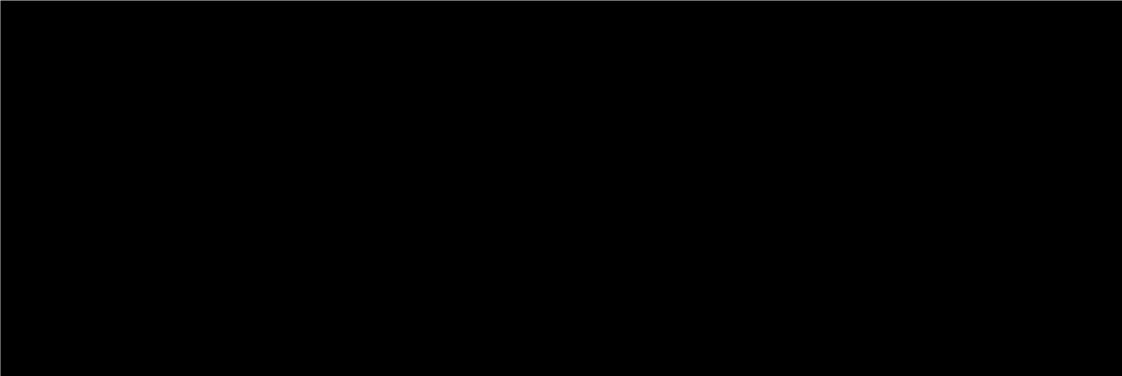


(53)



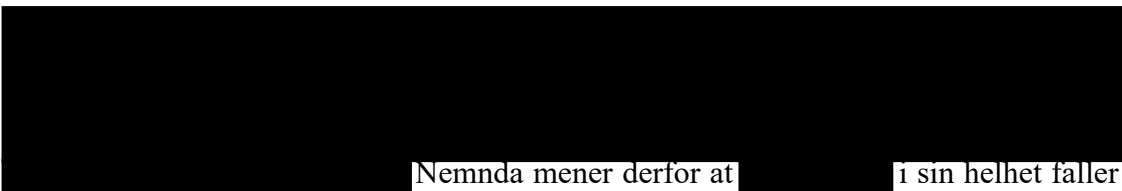
- (54) Spørsmålet om rapporten eller opplysningene i rapporten er utarbeidet for intern bruk, og om opplysningene ikke omfattes av retten til innsyn etter konkurranseloven § 26 andre ledd, må vurderes konkret, der hensynet til klagers kontradiksjon står sentralt. Etter nemndas syn skal klagers rett til kontradiksjon veie tungt. Kontradiksjonshensynet står særlig sterkt når det gjelder hvordan sakens faktiske sider blir presentert, men også de juridiske vurderingene vil klager kunne ha behov for å imøtegå.

(55)



Opplysningene må anses som del av «sakens dokumenter» i § 26 andre ledd, som klager skal gis adgang til å gjøre seg kjent med.

(56)



Nemnda mener derfor at [redacted] i sin helhet faller innenfor det klager skal gis adgang til å gjøre seg kjent med etter konkurranseloven § 26 andre ledd. [redacted] kommer nemnda tilbake til nedenfor.

(57)



[REDACTED]

Den vurderingen som Konkurransetilsynet falt ned på, fremgår av varselet, som klager har tilgang til. Konkurransklagenemnda kan ikke se at denne delen av rapporten utgjør bevis i saken som det skal gis innsyn i. Etter nemndas vurdering er opplysningene i [REDACTED] [REDACTED] å anse som interne opplysninger som kan holdes utenfor retten til innsyn, og som ikke faller inn under «sakens dokumenter».

- (58) [REDACTED] Dette bærer preg av taktiske råd til Konkurransetilsynet og inneholder ikke faktiske opplysninger. Opplysningene kan ikke anses som bevis. Hensynet til Konkurransetilsynets behov for å arbeide internt og uforstyrret gjør seg her gjeldende, og opplysningene som fremgår her anses som utarbeidet for intern bruk og er ikke del av «sakens dokumenter» etter konkurranseloven § 26 andre ledd. De øvrige delene av [REDACTED] faller innenfor det klager skal gis adgang til å gjøre seg kjent med etter § 26 andre ledd.

- (59) [REDACTED]
- Etter nemndas vurdering må kontradiksjonshensyn tillegges avgjørende betydning på dette punktet, fremfor Konkurransetilsynets behov for å arbeide internt uforstyrret. Nemnda anser denne delen av rapporten som del av «sakens dokumenter».

- (60) [REDACTED]
- Konkurransklagenemnda mener at hensynet til Konkurransetilsynets behov for å arbeide internt og uforstyrret veier tyngre enn klagers behov for kontradiksjon knyttet til denne typen vurderinger, og at denne delen av rapporten ikke kan anses som «sakens dokumenter» som klager skal gis innsyn i. [REDACTED]
- Disse delene faller på samme grunnlag utenfor «sakens dokumenter».

- (61) [REDACTED]
- Nemnda mener dette ikke kan anses som bevis i saken. For resten av [REDACTED] er det nemndas syn at hensynet til kontradiksjon veier tungt og at hensynet til Konkurransetilsynets behov for å arbeide internt og uforstyrret gjør seg mindre gjeldende. Nemnda finner at [REDACTED]

[REDACTED] er å anse som del av «sakens dokumenter».

(62)

[REDACTED]  
Konkurransetilsynets behov for arbeide internt og uforstyrret gjør seg gjeldende for denne delen av rapporten, og den kan ikke anses som en del av «sakens dokumenter».

- (63) De delene av rapporten som Konkurransetilsynets nemnda anser som en del av «sakens dokumenter», skal klager ha adgang til å gjøre seg kjent med «såfremt det kan skje uten skade eller fare for etterforskningen eller tredjeperson», jf. konkurranseloven § 26 andre ledd. Dette vil etter straffeprosesslovens praksis særlig gjelde når det foreligger bevisforspillelsesfare. Konkurransetilsynet har ikke subsidiært gjort gjeldende at innsyn vil være til skade eller fare for etterforskningen eller tredjeperson, eller på annen måte belyst spørsmålet, og nemnda har ikke grunnlag for å gå nærmere inn på denne vurderingen.

### **3.4 Vurdering av retten til innsyn i rapport fra Joseph Harrington etter konkurranseloven § 26 andre ledd**

- (64) Konkurransetilsynets nemnda legger til grunn at rapporten fra Joseph E. Harrington, [REDACTED] er et dokument som er blitt til eller innhentet/fremkommet under etterforskningen av prisjegersaken, og den er derfor som utgangspunkt en del av sakens dokumenter. Spørsmålet i saken er om dokumentet eller deler av dokumentet likevel ikke er å anse som del av sakens dokumenter og derfor ikke omfattes av partsinnsynsretten etter konkurranseloven § 26 andre ledd. Dette vil være dersom rapporten eller opplysninger i rapporten er utarbeidet for intern bruk, og slik at opplysningene er av en slik karakter at innsyn vil vanskeliggjøre Konkurransetilsynets behov for å arbeide internt og uforstyrret med egne vurderinger vedrørende saken. Det som er bevismateriale av betydning eller bevis i saken, kan uansett ikke holdes utenfor sakens dokumenter. Dersom opplysninger utgjør bevis i saken, skal det gis innsyn selv om opplysningene ikke er fremlagt eller påberopt som bevis, jf. Rt. 2011 s. 1188 (avsnitt 33).

(65)

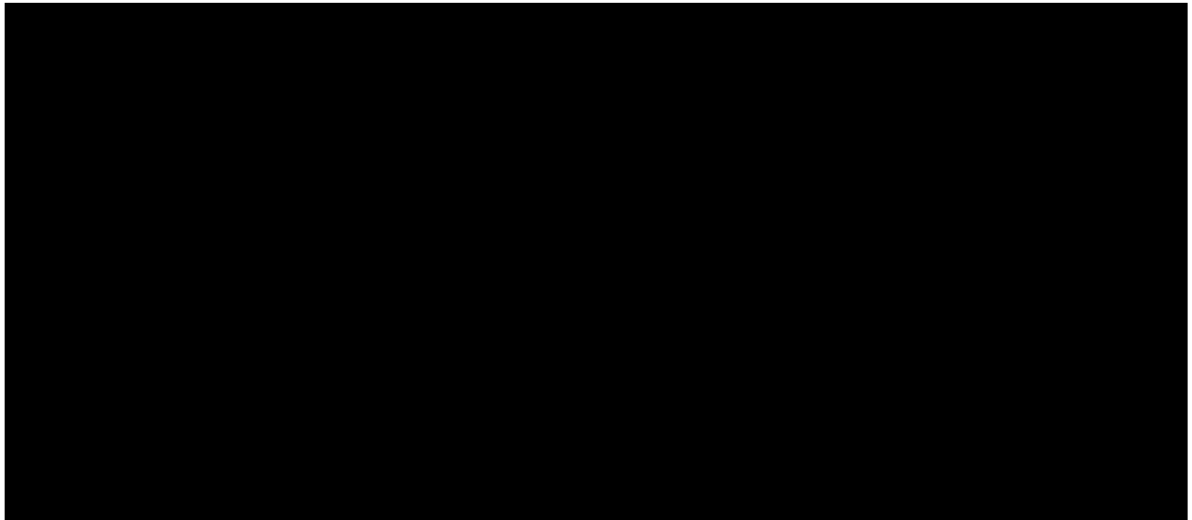
[REDACTED]

- (66) Slik Konkurransetilsynets nemnda ser det, er rapporten som utgangspunkt utarbeidet for intern bruk i Konkurransetilsynet. [REDACTED]  
[REDACTED] Som redegjort for i punkt 3.1 og avsnitt 58 ovenfor, anses faktiske opplysninger og annet som vil kunne være bevis i saken å inngå som del av «sakens dokumenter». Dersom opplysninger utgjør bevis i saken, skal det gis innsyn selv om opplysningene ikke er fremlagt eller påberopt som bevis, jf. Rt. 2011 s. 1188 (avsnitt 33).

- (67) [redacted] Dette må etter Konkurransklagenemndas syn anses som faktiske opplysninger og bevis, og inngår i «sakens dokumenter» som klager skal gis adgang til å gjøre seg kjent med etter konkurranseloven § 26 andre ledd.
- (68) [redacted]
- (69) Høyesteretts avgjørelse i HR-2020-1790-U gir etter Konkurransklagenemndas syn holdepunkter for at relevante fagøkonomiske vurderinger vil kunne være bevis. [redacted] Bevistilgangen etter straffeprosessloven og EMK gjelder også opplysninger og argumenter som Konkurransetilsynet ikke vil komme til å legge frem som bevis i saken. [redacted] Nemnda ser det slik at hensynet til at klager skal få tilgang til alle mulige bevis i en sak hvor det er varslet et betydelig overtredelsesgebyr for brudd på konkurranseloven § 10, må tillegges avgjørende vekt, fremfor hensynet til Konkurransetilsynets behov for å arbeide internt og uforstyrret i dette tilfellet. Nemnda anser derfor [redacted] som en del av «sakens dokumenter».
- (70) [redacted] er det nemndas syn at Konkurransetilsynets behov for arbeide internt og uforstyrret gjør seg sterkest gjeldende. Konkurransklagenemnda har etter en konkret vurdering kommet til at [redacted] faller utenfor «sakens dokumenter» som klager skal gis adgang til å gjøre seg kjent med etter konkurranseloven § 26 andre ledd.
- (71) De delene av rapporten som Konkurransklagenemnda anser som en del av «sakens dokumenter», skal klager ha adgang til å gjøre seg kjent med «såfremt det kan skje uten skade eller fare for etterforskningen eller tredjeperson», jf. konkurranseloven § 26 andre ledd. Dette vil etter straffeprosesslovens praksis særlig gjelde når det foreligger bevisforspillelsesfare. Konkurransetilsynet har ikke subsidiært gjort gjeldende at innsyn vil være til skade eller fare for etterforskningen eller tredjeperson, eller på annen måte belyst spørsmålet, og nemnda har ikke grunnlag for å gå nærmere inn på denne vurderingen.

#### 4 Konklusjon

- (72) Konkurransklagenemnda har etter dette kommet til at klager skal gis adgang til å gjøre seg kjent med [redacted]
- [redacted]



- (73) Videre skal det gis innsyn i [redacted]  
[redacted]
- (74) Konkurransklagenemnda har ikke tatt stilling til om de delene av dokumentene som det skal gis innsyn i, inneholder forretningshemmeligheter, jf. forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b, da dette ikke har vært tema i klagesaken. Saken sendes derfor tilbake til Konkurransetilsynet for eventuell nærmere avklaring av spørsmålet om begrensninger i innsynsretten etter konkurranseloven § 26 andre ledd jf. forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b.

## 5 Avgjørelse

Konkurransklagenemnda fatter etter dette følgende vedtak:

**Klagen tas delvis til følge, ved at det gis innsyn i [redacted]  
som angitt i punkt 4, jf. konkurranseloven § 26 andre ledd og EMK artikkel 6.**

*Dokumentet er godkjent elektronisk*