



## Konkurransklagenemnda

---

### Konkurransklagenemndas avgjørelse 5. mai 2023

**Sak:** 2023/0126

**Klager:** Plantasjen Norge AS

**Prosessfullmektig:** Advokatfirmaet CLP DA ved advokat Kjetil Vågen

### Konkurransklagenemndas medlemmer:

Karin Fløistad, Frode Steen og Elisabeth Styrvold Wiggen

## 1 Sakens bakgrunn

- (1) Plantasjen Norge AS (heretter «klager» eller «Plantasjen») er tidligere pålagt opplysningsplikt om foretakssammenslutninger mellom Plantasjen og andre foretak i hagesenterbransjen ved brev 13. desember 2013, 14. desember 2016, 17. desember 2018 og 21. desember 2020. Pålegget fra 21. desember 2020 utløp 31. desember 2022. Etter en fornyet vurdering kom Konkurransetilsynet til at det var nødvendig å forlenge perioden for opplysningsplikt for Plantasjen. Dette ble meddelt i brev 21. desember 2022.
- (2) I brev 11. januar 2023 begjærte klager innsyn i dokumentasjonen som danner grunnlaget for Konkurransetilsynets pålegg. Konkurransetilsynets vurdering innebærer ifølge klager at Plantasjen kan ha høy markedsandel i lokale markeder, noe klager ønsket en nærmere begrunnelse for. Det ble samtidig bedt om at Konkurransetilsynet igjen vurderer spørsmålet om det skal gis nytt pålegg om opplysningsplikt, da det fremstår for klager som at Konkurransetilsynet har gjort vurderingene på feil faktagrunnlag. Klager viste også til at pålegget innebar usaklig forskjellsbehandling og at andre konkurrenter får et konkurransefortrinn som følge av pålegget.
- (3) Konkurransetilsynet besvarte innsynsbejæringen i e-post 13. januar 2023, og klager fikk ikke innsyn i et internt dokument. Konkurransetilsynet viste til at dokumentet er utarbeidet for egen intern saksforberedelse og kan unntas i medhold av forvaltningsloven § 18 a første ledd. Merinnsyn ble vurdert, men Konkurransetilsynet kom til at behovet for unntak veiet tyngre enn behovet for innsyn i dette tilfellet.
- (4) Konkurransetilsynet mottok klage på avslaget på innsynsbejæringen 31. januar 2023. 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 21. februar 2023.

**Postadresse**

Postboks 511 Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse**

Zander Kaaes gate 7  
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no

- (5) Konkurransklagenemnda ba i e-post 18. april 2023 Konkurransetilsynet om tilbakemelding på om det er slik at Konkurransetilsynet har kommet til at alle de faktiske opplysningene i det interne notatet er kjent for Plantasjen fra før, eller finnes i pålegget om opplysningsplikt. Videre ble det bedt om at Konkurransetilsynet utdypet i hvilken sammenheng opplysningene er kjent for klager. Konkurransetilsynet besvarte e-posten 20. april 2023.
- (6) Klager innga merknader i e-post 24. april 2023.
- (7) 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 Klagernes og Konkurransetilsynets anførsler**

### **2.1 Klagers hovedanførsler**

- (8) Klager mener Konkurransetilsynet ikke har foretatt nødvendige eller hensiktsmessige vurderinger av Plantasjens markedsandel i lokale markeder, og at Konkurransetilsynet i hovedsak baserer seg på den vurderingen som ble foretatt i forkant av det opprinnelige pålegget fra 2013. Markedet har vært i stor endring det siste tiåret og flere aktører har overtatt deler av Plantasjens markedsandel. Plantasjen opplever hard konkurranse fra andre aktører i markedet og anser ikke sin egen markedsandel for å være særskilt høy i lokale markeder. Av denne grunn anses det som uforholdsmessig at Plantasjen skal være pålagt opplysningsplikt etter konkurranseloven § 24. Plantasjen har siden høsten 2022 vært i dialog med Konkurransetilsynet og gitt klart uttrykk for at de ikke er enige i pålegget om opplysningsplikt. Konkurransetilsynet har imidlertid valgt å opprettholde pålegget. Det er i denne forbindelse uklart for Plantasjen hvilke forhold og momenter Konkurransetilsynet har vektlagt ved beregningen av Plantasjens markedsandel i lokale markeder.
- (9) Plantasjen ønsker å oppnå en endring av pålegget og må da imøtekomme Konkurransetilsynet med argumentasjon for at Plantasjens markedsandel ikke er så høy som Konkurransetilsynet antar. Det er da nødvendig for Plantasjen å få klarhet i grunnlaget for Konkurransetilsynets markedsoppfatning og vurdering av markedsandeler. Grunnlaget for beregning av markedsandel anses som en prekær del av beslutningsgrunnlaget til Konkurransetilsynet, og manglende innsyn vil gjøre det svært vanskelig for Plantasjen å utøve sin rett til kontradiksjon. På bakgrunn av dette vurderer klager hensynet til Plantasjen mer tungtveiende enn behovet for unntak fra innsyn.

### **2.2 Konkurransetilsynets anførsler**

- (10) Konkurransetilsynet har i hovedsak gjort gjeldende at dokument 25 inngår i kjernen for unntaket for organinterne dokument i forvaltningsloven § 18 a. Dokumentet 25 er et internt notat utarbeidet for organets egne interne saksforberedelse i sak 2013/785. Det danner grunnlaget for det videre arbeidet frem mot eventuelt pålegg, og inngår i den interne meningsutveksling som § 18 a søker å beskytte. Hensynet til forvaltningens interne avgjørelsesprosesser og den frie meningsutveksling i forvaltningen gjør seg derfor gjeldende som grunnlag for unntak. Det vises til at de hensynene som Nærings- og fiskeridepartementet har trukket frem deres vedtak i sakene 2018/112 og 2018/113 også gjør seg gjeldende i dette tilfellet.

- (11) Videre viser Konkurransetilsynet til at dokument 25 ikke inneholder noen avgrensning av det relevante markedet eller en endelig beregning av markedsandeler. Imidlertid gis det uttrykk for en bekymring når det gjelder risiko for konkurranseskade i lokale markeder. Denne informasjonen fremkommer også av pålegg om opplysningsplikt datert 21. desember 2022 som er rettet mot Plantasjen.
- (12) Det er Konkurransetilsynets vurdering at i den grad dokumentet inneholder faktiske opplysninger av betydning for avgjørelsen, er disse opplysningene gjengitt på en grundigere og mer korrekt måte i pålegget av 21. desember 2022. Det interne notatet inneholder ikke faktiske opplysninger eller sammendrag eller annen bearbeidelse av faktum som har betydning for avgjørelsen og som ikke finnes i et annet dokument som parten har tilgang til, jf. forvaltningsloven § 18 c.
- (13) Konkurransetilsynet anfører at det heller ikke er grunnlag for å gi merinnsyn. Dokumentet inngår i kjernen av det unntaket i forvaltningsloven § 18 a skal verne, ved at det er utarbeidet som ledd i en organintern dialog mellom leder og saksbehandler under den interne saksutredningen. En avveining av dokumentets betydning for kontradiksjon i saken, opp mot behovet for å beskytte forvaltningens interne arbeidsprosesser og frie meningsutveksling, tilsier at innsyn avslås. Konkurransetilsynet har ved denne interesseavveiningen hensyntatt Plantasjens anførte behov for innsyn. I denne forbindelse viser tilsynet til at selve pålegget redegjør for vurderingen av grunnlaget for videreføring av pålegg om opplysningsplikt for Plantasjen, se pålegget side 2. Som det framgår av pålegget, har ikke Konkurransetilsynet foretatt en avgrensning av det relevante markedet eller en endelig beregning av markedsandeler.
- (14) Konkurransetilsynet legger ved vurderingen avgjørende vekt på at innsyn i interne dokumenter i denne saken ikke vil være av betydning for hensynet til kontradiksjon, men kan ha uheldige virkninger for saksbehandlingen og den frie meningsutvekslingen under saksbehandlingen.

### **3 Klagenemndas vurdering**

#### **3.1 Rettslige utgangspunkter**

- (15) Hovedregelen etter forvaltningsloven § 18 er at en part har rett til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter.
- (16) Det følger av forvaltningsloven § 18 a at dokumenter som et organ har utarbeidet for sin egen interne saksforberedelse kan unntas fra innsyn. Formålet med bestemmelsen er å sikre intern arbeidsro, herunder mulighet til å kunne lage foreløpige utkast og ha en åpen intern meningsutveksling innad i et organ.
- (17) Etter forvaltningsloven § 18 c har parten, selv om dokumentet er unntatt etter reglene i § 18 a, 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.*»
- (18) I Ot.prp.nr. 3 (1976-1977) på side 79 flg. framgår følgende om begrepet «*faktiske opplysninger*» i forvaltningsloven § 18c:

*«Begrepet «faktiske opplysninger» som loven bruker i dag, er meget omfattende. Ikke bare har parten rett til å gjøre seg kjent med spesifikke og presise faktiske opplysninger, som f.eks. arealoppgaver, men også med opplysninger som i høy grad bygger på vurderinger. I en konsesjonssak vil parten f.eks. ha rett til å gjøre seg kjent med opplysninger om bonitet, rentabilitet og drivverdighet. Den karakteristikk som gis av en bestemt person, må reknes som faktisk opplysning i hvert fall når den bygger på konkrete hendinger, f.eks. må uttrykk som «drikkfeldig» eller «alkoholmisbruker» reknes til denne kategori. I en sak som angår forretningsforhold, vil parten ha rett til å se anslag for gevinst og tap og de beregninger og forutsetninger dette bygger på. I sak om erstatning for ulykke, f.eks. for naturskade, kan parten kreve å få se utredninger om årsaken til ulykken, selv om disse kan være skjønnsmessige og lite eksakte.»*

- (19) Tilsvarende beskrivelse av bestemmelsen i forvaltningsloven § 18 c fremgår i Graver, Alminnelig forvaltningsrett. 5. utgave 2019, på side 436. Videre fremgår det her:

*«Det man ikke har krav på innsyn i, er vurderinger som forvaltningen har gjort internt av hva som bør gjøres, av saken etter tidligere praksis, vedtaksforslag, forslag til vilkår som bør stilles etc., altså det som går på det handlingsrettede, det som forvaltningen skal bestemme. Det er klart at i praksis vil grensene kunne være vanskelige å trekke, fordi forskjellige opplysninger og vurderinger kan gli over i hverandre i saksdokumentene. Men det er opp til forvaltningen å greie å ordne seg på en slik måte at det er mulig å gi innsyn i saken.»*

- (20) Det følger videre av forvaltningsloven § 18 andre ledd at når det er adgang til å gjøre unntak fra innsyn, skal forvaltningsorganet likevel vurdere å gi helt eller delvis innsyn. Innsyn bør gis *«dersom hensynet til parten veier tyngre enn behovet for unntak»*.

### **3.2 Klagenemndas vurdering**

- (21) Klagen gjelder et internt notat, dokument 25. Dette er det eneste dokumentet, i tillegg til et vedlegg, som er oversendt Konkurransklagenemnda og er omtalt i innstillingen. Vedlegget er slik nemnda forstår det en presentasjon utarbeidet av klager selv, som klager dermed allerede har tilgang til. Det er ikke tvilsomt at notatet som utgangspunkt kan unntas i medhold av forvaltningsloven § 18 a. Det som først må vurderes er om klager har rett til innsyn i hele eller deler av dokumentet etter forvaltningsloven § 18 c. Denne bestemmelsen gir rett til innsyn i de deler av dokumentet som inneholder faktiske opplysninger eller sammendrag eller annen bearbeidelse av faktum, med unntak for faktiske opplysninger uten betydning for avgjørelsen og opplysninger eller bearbeidelse som finnes i et annet dokument som parten har tilgang til.
- (22) Konkurransetilsynet fremholder at det interne dokumentet ikke inneholder faktiske opplysninger eller annen bearbeidelse av faktum som har betydning for avgjørelsen og som ikke finnes i et annet dokument som parten har tilgang til. Det vises til at i den grad dokumentet inneholder faktiske opplysninger av betydning for avgjørelsen, er disse opplysningene gjengitt på en grundigere og mer korrekt måte i pålegget av 21. desember 2022.
- (23) På anmodning fra Konkurransklagenemnda har Konkurransetilsynet nærmere redegjort for at klager er kjent med de faktiske opplysningene i notatet, blant annet som part i tidligere saker om opplysningsplikt og gjennom deltagelse i møte og presentasjonen klager holdt for Konkurransetilsynet. Nemnda legger dette til grunn, og har derfor kommet til at de faktiske opplysningene i notatet som har hatt betydning for

pålegget om opplysningsplikt, er kjent for klager som part i tidligere saker om opplysningsplikt og som part i denne saken. Nemnda kan ikke se at Konkurransetilsynet har foretatt noen slik ytterligere bearbeidelse av opplysningene som tilsier at klager har rett til innsyn på dette grunnlaget. Nemnda kan på denne bakgrunn ikke se at klager har rett til innsyn i noen deler av det interne dokumentet.

- (24) Nemnda har også vurdert spørsmålet om merinnsyn. Klager anfører at det må gis merinnsyn i det interne dokumentet for at klager skal kunne ivareta retten til kontradiksjon. Klager viser særlig til at Konkurransetilsynets vurdering av klagers markedsandeler og markedsoppfatning er avgjørende for at klager skal kunne imøtegå pålegget. Konkurransetilsynet har imidlertid i notatet kun gjengitt klagers egne estimater av markedsandeler og ikke foretatt egne beregninger av markedsandeler. Konkurransetilsynets markedsoppfatning er redegjort for i pålegget om opplysningsplikt.
- (25) Nemnda vurderer det slik at å gi innsyn i notatet, vil kunne ha uheldige virkninger for saksbehandlingen i Konkurransetilsynet, da de vil måtte bruke uforholdsmessig mye tid og ressurser på å skrive interne arbeidsdokumenter på en måte som gjør at de egner seg for senere partsinnsyn. Dette vil kunne hemme saksforberedelsen ved at det vil bli vanskeligere å få fram motargumenter og avvikende synsmåter. Dette vil igjen gå ut over kvaliteten i arbeidet med sakene. I tillegg vil innsyn i slike dokumenter kunne gi et misvisende bilde av det endelige vedtaket, ved at det ikke nødvendigvis er alt som er besluttet og alle motargumenter til notatet som fremkommer skriftlig i form av andre notater.
- (26) På denne bakgrunn har Konkurransetilsynet kommet til at hensynet til å unnta notatet fra innsyn veier tyngre enn hensynet til kontradiksjon i denne saken. Det gis derfor ikke merinnsyn i dokumentet.

#### **4 Avgjørelse**

- (27) Konkurransetilsynet fattet etter dette følgende vedtak:

**Klagen tas ikke til følge.**

Avgjørelsen er enstemmig.

Avgjørelsen er endelig og kan ikke påklages, jf. forvaltningsloven § 28 tredje ledd.

*Dokumentet er godkjent elektronisk*