

Mottaker
Justis- og beredskapsdepartementet
Postboks 8005 Dep
0030 OSLO

Deres ref.:

Vår ref.: 2019/0233-2

Saksbehandler: Linn Kristin Nyvold Roti
Saksansvarlig: Karin Stakkestad Laastad

Dato: 29.11.2019

Høringsuttalelse - 2019: 5 Ny forvaltningslov

Innledning

Konkurransetilsynet viser til høringsbrev fra Justis- og beredskapsdepartementet 3. juni 2019 vedrørende NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov. Høringsfristen er satt til 2. desember 2019.

Konkurransetilsynet vil innledningsvis gi uttrykk for at det gjennomgående er positiv til forslagene som er fremmet i utredningen. Tilsynet deler utvalgets syn på at gjeldende forvaltningslov langt på vei er velfungerende, samtidig som det kan være behov for endringer på flere punkter. Etter tilsynets vurdering vil utvalgets forslag til ny forvaltningslov gi en mer forståelig og praktikabel lov tilpasset vår tid, som samtidig ivaretar de grunnleggende hensynene til rettsikkerhet og tillit til forvaltningen som gjeldende forvaltningslov er tuftet på.

På mange områder innebærer lovforslaget en klargjøring og presisering av gjeldende rett. Videre innebærer lovforslaget en lovfesting av ulovfestet forvaltningsrett og av bestemmelser som i dag følger av forskrift. I tillegg inneholder forslaget flere nye bestemmelser om blant annet krav til forvaltningsspråket, digitalisering av saksbehandlingen, samt organisering og saksbehandling i kollegiale organer (nemnder). Tilsynet mener at disse forslagene samlet sett vil legge til rette for en god og effektiv saksbehandling innenfor det brede spekteret av offentlig forvaltning som eksisterer i dag.

Videre innebærer lovforslaget at generelle forvaltningsrettslige regler reguleres i forvaltningsloven, samtidig som det fremdeles vil være adgang til å fravike disse i særlovgivningen. Konkurransetilsynet bemerker i den sammenheng at utvalgets forslag dels overlapper, dels fraviker konkurranseloven med forskrifter. Konkurransetilsynets deler utvalgets oppfatning om at særlovgivningen på vanlig måte vil ha forrang ved eventuell motstrid eller tolkningstvil mellom særlovgivningen og den generelle reguleringen i forvaltningsloven, og tilsynet er generelt positiv til at enkelte felles forvaltningsrettslige regler reguleres i forvaltningsloven.

Lovforslaget inneholder videre en del regler som dels viderefører, dels innfører nye regler om saksbehandlingen i forvaltningen. Konkurransetilsynet har ikke innvendinger mot utvalgets forslag på dette punkt, men er av den oppfatning at enkelte av reglene, dersom de tolkes utvidende, i realiteten kan medføre en utvidelse av forvaltningens plikter i forbindelse med saksbehandlingen som påfører forvaltningen merarbeid. Slik Konkurransetilsynet leser

utvalgets forslag er endringene ikke ment å innebære en vesentlig utvidelse eller påføre forvaltningen merarbeid i forbindelse med saksbehandlingen, men tilsynet finner det likevel hensiktsmessig å påpeke at det er en risiko for at forslaget på enkelte punkter innebærer en utilsiktet utvidelse av forvaltningens plikter som vil kreve ressurser som ellers kunne ha vært brukt i saksbehandlingen.

I det følgende vil Konkurransetilsynet kommentere de delene av lovforslaget som tilsynet har særskilte merknader til.

Kapittel 2. Alminnelige bestemmelser

Til § 14 Veiledningsplikt

Utvalget foreslår å videreføre reglene om veiledningsplikt som følger av forvaltningsloven § 11 første til tredje ledd med noen mindre endringer med sikte på å klargjøre pliktens innhold og omfang.

Konkurransetilsynet viser til at konkurranseloven § 9 annet ledd inneholder en egen bestemmelse som pålegger Konkurransetilsynet veiledningsplikt overfor foretak om forståelsen av konkurranseloven, dens rekkevidde og anvendelse i enkeltsaker. Både Konkurransetilsynet og Nærings- og fiskeridepartementet har i ulike sammenhenger lagt til grunn at veiledningsplikten etter konkurranseloven § 9 annet ledd ikke går lenger enn forvaltningens generelle veiledningsplikt etter forvaltningsloven § 11. Bestemmelsen har dermed ingen selvstendig betydning for innholdet i eller omfanget av Konkurransetilsynets veiledningsplikt utover det som følger av forvaltningsloven § 11, men ble likevel besluttet videreført på grunn av sin informasjonsverdi for foretakene, jf. Prop. 75 L (2012-2013) Endringer i konkurranseloven side 136.

Konkurransetilsynet mener at veiledningsplikten er en praktisk viktig bestemmelse, både for parter og andre som henvender seg til forvaltningsorganer med spørsmål. For forvaltningsorganene selv kan veiledning være et virkemiddel for å oppnå de formål som særlovgivningen oppstiller innenfor de respektive fag- og rettsområdene. Samtidig opplever tilsynet at det i praksis kan oppstå problemstillinger knyttet til hva tilsynet plikter å veilede om, og særlig hvor langt tilsynets veiledningsplikt går i konkrete saker. Overordnet synes tilsynet derfor det er positivt at man i lovutkastet foreslår å klargjøre pliktens omfang og innhold noe nærmere enn det som fremgår av gjeldende bestemmelse.

Som etter gjeldende forvaltningslov § 11 annet ledd bokstav a foreslås det at forvaltningsorganet skal veilede om "vanlig praksis" innenfor sitt saksområde, jf. lovutkastet § 14 annet ledd bokstav a. I merknaden til bestemmelsen i lovutkastet fremgår det at begrepet først og fremst sikter til forvaltningspraksis, og at dette "ofte vil være organets hovedoppgave under veiledningen". Videre fremgår det at "rettsregler og praksis må forklares på en måte som gjør det mulig for borgeren uten vesentlige tilleggsundersøkelser å forstå innholdet".

Til dette vil Konkurransetilsynet bemerke at rettskildebildet innen konkurranseretten er svært omfangsrikt. Det foreligger en rikholdig vedtakspraksis fra tilsynet selv, både knyttet til overtredelser av lovens forbudsbestemmelser, fusjonskontrollen og andre bestemmelser i loven. I tillegg er tilsynets vedtak ofte svært omfattende og konkret begrunnet. Tilsynets nettsider gir generell veiledning i form av informasjon om regelverk, tolking av regelverk og offentlige versjoner av vedtakspraksis. Ut over dette foreligger det praksis fra klagesaksbehandlingen fra overordnet departement og Konkurransklagenemda, i tillegg til rettspraksis knyttet til rettslig prøving av tilsynets vedtak om overtredelser av forbudsbestemmelsene. Videre er den norske konkurranseloven langt på vei harmonisert med konkurranselovgivningen i EU/EØS, noe som medfører at praksis og retningslinjer som er utformet her også vil kunne gi relevant veiledning ved tolkingen og anvendelsen av det norske

regelverket. Konkurransetilsynets nettsider inneholder derfor henvisninger til hvor den enkelte kan finne relevant veiledning. Konkurransetilsynet er derfor av den oppfatning at den samlede generelle veiledningen fra Konkurransetilsynet og overvåkingsorganene og domstolene i EU/EØS er omfattende, og at dette i sum gir et godt grunnlag for foretakene til selv å vurdere lovligheten av egen atferd, sml. også slik Konkurranselovutvalget la til grunn i NOU 2012: 7 Mer effektiv konkurranselov. Selv om dette i noen grad kan være særegent for konkurranseretten, antar tilsynet at et lignende bilde avtegnes innenfor en rekke av de mer spesialiserte delene av norsk forvaltning.

Etter tilsynets vurdering er det på denne bakgrunn naturlig at innholdet i et forvaltningsorgans veiledningsplikt i noen grad avpasses etter rettskildebildet på det enkelte forvaltningsområde og etter i hvilken grad organet har tilrettelagt for generell veiledning om regelverket på egne nettsider. Dersom det foreligger relevant og lett tilgjengelig informasjon om regelverk og praksis på et forvaltningsorgans nettsider, vil det etter tilsynets vurdering som hovedregel være tilstrekkelig å redegjøre for de aktuelle bestemmelsene og hvor vedkommende som ber om veiledning kan finne nærmere informasjon om enkeltsaker og retningslinjer mv.

I forlengelsen av dette mener Konkurransetilsynet at omfanget av veiledningsplikten også bør tilpasses forutsetningene hos den som søker veiledning, jf. lovutkastet § 14 tredje ledd første punktum. Tilsynet opplever stor variasjon med hensyn til hvilke faglige forutsetninger de personene som kontakter tilsynet med behov om veiledning har. En privatperson uten kjennskap til konkurranselovgivningen og en advokat med konkurranserett som spesialområde kan ikke ha det samme kravet på veiledning fra tilsynet innenfor sentrale og godt belyste problemstillinger innenfor rettsområdet. Tilsynet antar at også andre forvaltningsorganer kan oppleve tilsvarende utfordringer. På denne bakgrunn er tilsynet enig med utvalget i at forutsetningene hos den enkelte bør trekkes frem i merknaden til bestemmelsen som et relevant moment i den avveiningen som forvaltningsorganene skal foreta.

Når det gjelder bestemmelsen i lovutkastet § 14 tredje ledd annet punktum, går denne lenger enn gjeldende rett idet regelen ikke er begrenset til å gjelde overfor partene i saken. Etter sin ordlyd synes bestemmelsen å rekke svært vidt, da et forvaltningsorgan i alle enkeltsaker det har til behandling "av eget tiltak" skal vurdere behovet "den enkelte" har for veiledning. Dette skiller seg fra veiledningsplikten etter lovutkastet § 14 annet ledd som ikke er knyttet til enkeltsaker, der plikten kun gjelder "på forespørsel". Etter tilsynets vurdering er det noe uklart hvordan lovutkastet skal forstås på dette punktet, og da særlig sett i sammenheng med det som sies i merknaden til § 14 tredje ledd annet punktum.

I for eksempel enkeltsaker knyttet til fusjonskontrollen, jf. konkurranseloven kapittel 4, vil partene i saken være foretakene som fusjonerer eller det/de foretakene som erverver kontroll over et annet foretak. Denne typen enkeltsaker vil imidlertid ofte berøre en langt større krets aktører, blant annet kunder og konkurrenter av de direkte involverte foretakene. Slik lovutkastet er utformet på dette punktet kan det reises spørsmål om tilsynet i et slikt tilfelle vil være forpliktet til av eget tiltak å vurdere om kunder/konkurrenter må gis veiledning, selv i en situasjon der disse ikke selv har henvendt seg til tilsynet. En slik forståelse av regelen vil bli svært ressurskrevende for tilsynet å følge opp i praksis, særlig i saker som allerede har korte lovpålagte frister. Av merknaden fremgår det imidlertid at en slik tolking ikke synes tilsiktet, idet det uttales at "organet av eget tiltak må vurdere om det har gitt tilstrekkelig veiledning når personer som er involvert i en aktuell sak, tar kontakt for veiledning" (vår understrekning). Etter tilsynets vurdering bør denne presiseringen også tas inn i ordlyden, for eksempel ved tilføyelse av "skal det av eget tiltak vurdere behovet den enkelte *som kontakter organet* har for veiledning".

Til § 15 Hvordan veiledning skal gis

Utvalget foreslår en ny bestemmelse i forvaltningsloven som lovfester hvordan veiledning skal gis. Bestemmelsen viderefører flere av bestemmelsene som i dag følger av forvaltningslovforskriften §§ 2 til 7.

Konkurransetilsynet slutter seg til utvalgets forslag om å lovfeste hvordan veiledning skal gis. Etter tilsynets vurdering henger reguleringen av veiledningsplikten og hvordan veiledningen skal gis så tett sammen, at pedagogiske hensyn tilsier to etterfølgende bestemmelser om dette tas inn i den nye forvaltningsloven. For den enkelte som ber om veiledning vil en bestemmelse i forvaltningsloven være lettere tilgjengelig enn bestemmelsene i forvaltningslovforskriften. En lovfesting vil på denne måten kunne bidra til økt forutberegnelighet for den enkelte med hensyn til hvordan veiledning skal gis. Videre mener tilsynet at en lovfesting også vil kunne bidra til økt bevisstgjøring hos saksbehandlere i det enkelte forvaltningsorgan og større ensartethet i hvordan veiledningsplikten håndteres innen ulike deler av forvaltningen og innad i samme forvaltningsorgan.

Konkurransetilsynet finner samtidig grunn til å understreke viktigheten av at bestemmelsen er ment som en videreføring av gjeldende rett, og at den dermed ikke pålegger forvaltningen en større plikt med hensyn til hvordan den tilrettelegger for veiledning enn det som allerede følger av gjeldende bestemmelser om dette i forvaltningsloven § 11 d første ledd og forvaltningslovforskriften. Videre mener tilsynet det er viktig at regelen i lovutkastet § 15 første ledd første punktum gir fleksibilitet for forvaltningen med hensyn til hva som i det enkelte tilfellet er den mest hensiktsmessige og effektive måten å gi veiledning på. Det utvalget i merknaden til lovutkastet § 15 første ledd annet punktum omtaler som en retningslinje om saklig grunn for å veilede på annen måte enn henvendelsen er kommet på bør derfor etter tilsynets vurdering ikke tolkes restriktivt.

Kapittel 5. Taushetsplikt

Til § 34 Taushetsplikt om drifts- og forretningshemmeligheter

Utvalget foreslår en endring i bestemmelsen som fastsetter rekkevidden av taushetsplikten for opplysninger om drifts- eller forretningshemmeligheter, jf. lovutkastet § 34 annet ledd. Utvalgets forslag går ut på at det ikke lenger skal være et vilkår i loven at opplysningene har "konkurransmessig betydning", jf. gjeldende forvaltningslov § 13 første ledd nr. 2. Denne endringen omtales i utredningen som en viss forenkling av vilkårene. Videre fremgår det at den nye formuleringen "grunn til å verne om" vil kunne fange opp opplysninger som det er av konkurransemessig betydning å verne om, men at ordlyden ikke er begrenset til dette.

Konkurransetilsynet vil innledningsvis gi uttrykk for at det deler utvalgets syn på mange av de praktiske utfordringene som det er vist til i utredningen punkt 19.4 med hensyn til praktiseringen av reglene om taushetsplikt for forretningshemmeligheter. Sett fra tilsynets ståsted skyldes dette dels at vurderingen av hva som i den enkelt sak utgjør forretningshemmeligheter er kompetansekrevende, og svært ofte forutsetter bransjekunnskap hos den saksbehandler som skal foreta vurderingen. Dels at dokumentmengden gjennomgående er svært omfattende i tilsynets saker, og at antallet dokumenter som inneholder opplysninger som må underlegges en vurdering av forretningshemmeligheter generelt er høyt. Videre opplever tilsynet det krysspresset som ligger i at tilsynet på den ene siden skal sikre personvernet og taushetsplikten, og samtidig ivareta hensynet til innsyn og åpenhet så langt som mulig. Tilsynets oppfatning er at den tiden tilsynet bruker på å behandle og vurdere spørsmål knyttet til innsyn generelt og forretningshemmeligheter spesielt, herunder klagesaker knyttet til slike vurderinger, er stadig økende.

Basert på disse erfaringene mener Konkurransetilsynet at de praktiske utfordringene som her er skissert neppe lar seg løse gjennom å endre utformingen av regelen om taushetsplikt om forretningshemmeligheter fra "av konkurransemessig betydning" til "grunn til å verne om". Selv om det etter forslaget fortsatt vil være anledning til å se hen til opplysningenes konkurransemessige betydning i vurderingen av om det er "grunn til å verne om" de aktuelle opplysningene, er det etter tilsynets vurdering en fare for at vurderingstemaet med dette utvides og samtidig blir mer skjønnspreget enn det er i dag. En nærliggende konsekvens av dette vil kunne bli at foretakene i større utstrekning enn etter gjeldende rett påberoper seg unntak for forretningshemmeligheter, og at det vil bli vanskeligere for tilsynet å argumentere for at det skal gis innsyn i opplysninger som det tidligere er gitt innsyn i med hjemmel i lov. I begrunnelsen for endringen viser utvalget til hensynet til at også virksomheter som innehar en monopolstilling og virksomheter som driver ideell virksomhet skal kunne påberope seg unntak for forretningshemmeligheter. Tilsynet finner grunn til å reise spørsmål ved om dette er en særlig praktisk problemstilling.

Videre har kriteriet "av konkurransemessig betydning" i lang tid vært det sentrale for avgrensningen av taushetsplikten for forretningshemmeligheter, og den nærmere forståelsen av dette kriteriet har blitt utdypet i ulike retningslinjer/veiledninger i forvaltningen. Blant annet henter Konkurransetilsynet verdifull veiledning i Politi- og Justisdepartementets "Rettleiar til offentleglova" punkt 6.2.4 som redegjør nærmere for tolkingen av taushetsplikten etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2 og hva som ligger i begrepet "konkurransemessig betydning". Tilsynet opplever at den "kvalifiseringen" av opplysningene som ligger i konsekvensene innsyn vil ha for konkurransen er praktisk viktig, både for å lettere kunne konkretisere hva som kan utgjøre en forretningshemmelighet i et aktuelt marked og for å bevisstgjøre personer/foretak om at ikke enhver opplysning vedrørende virksomheten vil ha krav på beskyttelse.

Konkurransetilsynet har også selv utarbeidet offentlige retningslinjer som er ment å gi veiledning til foretakene om hva som vil være omfattet av taushetsplikten etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2. Det vises i denne sammenheng til veileder om "Merke- og begrunnelsesplikt for taushetsbelagte opplysninger" knyttet til konkurranseloven § 18 b, som ble innført i 2014. Selv om veilederen spesifikt knytter seg til saker tilsynet har til behandling etter konkurranseloven kapittel 4 (kontroll med foretakssammenslutninger), er det tilsynets oppfatning at både foretak og tilsynets saksbehandlere gjennom dette generelt har fått en økt bevissthet rundt hva som er relevant i vurderingen av om det vil være av "konkurransemessig betydning" å hemmeligholde næringsopplysninger. Tilsynet er bekymret for at en endring av ordlyden på dette punktet vil kunne medføre økt usikkerhet i vurderingen av hva som utgjør en forretningshemmelighet for de som skal tolke og anvende loven, og gjøre arbeidet med innsyn mer ressurskrevende for forvaltningen.

På denne bakgrunn er Konkurransetilsynet av den oppfatning at ordlyden i forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2 bør videreføres uendret på dette punktet i lovutkastet § 34 annet ledd, slik at det sentrale for avgrensningen av taushetsplikten fortsatt skal være at det må være av "konkurransemessig betydning" for virksomheten at opplysningene blir hemmeligholdt.

Til § 36 Deling av opplysninger undergitt taushetsplikt

Utvalget foreslår å videreføre flere av reglene om deling av opplysninger undergitt taushetsplikt som i dag følger av forvaltningsloven § 13 b, men foreslår samtidig en viss utvidelse av delingsadgangen.

Konkurransetilsynet er gjennomgående positiv til utvalgets forslag til regulering av adgangen til å gjøre opplysninger som er underlagt taushetsplikt etter lovforslaget §§ 33 og 34 kjent for andre, jf. lovutkastet § 36. Som utvalget påpeker innebærer forslaget langt på vei en

videreføring og presisering av gjeldende rett, og tilsynet deler langt på vei utvalgets syn på de positive sidene en klargjøring av delingsadgangen vil kunne ha.

Konkurransetilsynet viser samtidig til at konkurranseloven § 27 pålegger konkurransemyndighetene en særskilt taushetsplikt om kilders identitet og skylderklæringer i lempningssøknader og forliksinnlegg. Som det fremgår av utredningen punkt 19.12.10 vil det i et slikt tilfelle være slik at reglene i særlovgivningen går foran de alminnelige reglene i forvaltningsloven, jf. lovutkastet § 2 annet ledd. Videre fremgår det av utredningen at spørsmålet om deling av opplysninger mellom forvaltningsorganer som er undergitt forskjellige regler om taushetsplikt vil bero på en tolking av den aktuelle særlovgivningen, og at forvaltningsloven bare kommer supplerende til anvendelse så langt det følger av disse reglene. Konkurranseloven § 27 sier ingenting uttrykkelig om adgangen til å dele opplysningene med andre, men inneholder en henvisning til at reglene i forvaltningsloven §§ 13 til 13 e gjelder tilsvarende så langt de passer.

I lys av dette er tilsynet bekymret for konsekvensene av den utvidelsen av delingsadgangen som utvalget foreslår i lovutkastet § 36 annet ledd bokstav c mellom forskjellige forvaltningsorganer. Gjeldende forvaltningslov åpner også opp for deling av taushetsbelagte opplysninger mellom ulike forvaltningsorganer i visse situasjoner, men det eksisterer ingen alminnelig adgang til å dele denne typen opplysninger med andre organer som har et behov for dem. Selv om den foreslåtte bestemmelsen i forvaltningsloven § 36 annet ledd bokstav c oppstiller en adgang og ikke en plikt til deling av taushetsbelagte opplysninger, vil etableringen av en slik alminnelig delingsadgang etter tilsynets oppfatning kunne ha negative konsekvenser for den særskilte hjemmelen i konkurranseloven § 27.

Bestemmelsen i konkurranseloven § 27 trådte i kraft 1. januar 2014 i forbindelse med revisjonen av konkurranseloven i 2012-2013, jf. Prop. 75 L (2012-2013) Endringer i konkurranseloven. Bakgrunnen for lovendringen er at tips er en viktig del av konkurransemyndighetenes avdekking og etterforskning av overtredelser av forbudsbestemmelsene i konkurranseloven, og at en garanti for tipseres anonymitet ble vurdert å være et effektivt virkemiddel for å få flere til å tørre å tipse konkurransemyndighetene om mulige overtredelser. Mye av den samme begrunnelsen ble gitt for regelen om taushetsplikt om skylderklæringen i lempningssøknader, jf. Prop. 75 L (2012-2013) punkt 8.1.6. Lempningsordningen ble i sin tid innført for å gi foretak mulighet til å ta ansvar og bryte ut av et ulovlig samarbeid mot bortfall av eller redusert overtredelsesgebyr. Adgangen for foretak til å kunne søke om lempning er ment å bidra til en effektivisering av tilsynets håndheving av konkurranseloven § 10. Taushetsplikt om skylderklæringen i en lempningssøknad ble av lovgiver ansett som viktig for å styrke lempningsinstituttet. En utvidet adgang til dele taushetsbelagte opplysninger mellom ulike forvaltningsorganer kan etter tilsynets vurdering bryte med de uttalte målsettingene lovgiver har søkt å oppnå gjennom innføringen av regelen i konkurranseloven § 27.

Videre er det slik at personer eller foretak som frivillig har gitt Konkurransetilsynet et tips om overtredelse av konkurranseloven §§ 10 eller 11, eller som av eget tiltak inngir skylderklæringer i forbindelse med lempningssøknader/forliksforhandlinger, normalt vil gjøre dette under den forutsetning at opplysningene ikke skal kunne benyttes av andre forvaltningsorganer i andre sammenhenger. Dersom forvaltningsloven endres på dette punktet og andre forvaltningsorganer får mulighet til å skaffe seg tilgang til disse svært sensitive opplysningene, vil dette kunne ses på som et tillitsbrudd fra den eller de som har avgitt de aktuelle opplysningene. Etter Konkurransetilsynets vurdering vil dette på sikt kunne skade tilsynets avdekking og håndheving av forbudsbestemmelsene i konkurranseloven, idet parter og andre kan bli mer tilbakeholdne med å inngi tips eller lempningssøknader til tilsynet.

Konkurransetilsynet ser at faren for misbruk av taushetsbelagte opplysninger åpenbart vil være lavere når det er snakk om deling av slike opplysninger med tjenestepersoner i andre

forvaltningsorganer og ikke uvedkommende. Som utvalget også påpeker kan brudd på taushetsplikten lede til tjenestemessige reaksjoner, erstatning eller straff. Likevel mener tilsynet at jo større krets spredningen av denne typen svært sensitive opplysninger kan skje til, desto større fare vil det generelt sett være for at opplysningene kan bli misbrukt. Videre er det som nevnt tilsynets vurdering at bare kjennskap til eksistensen av en slik delingsadgang vil kunne ha negative konsekvenser for antallet tips/lempningsøknader og derigjennom tilsynets mulighet til effektiv håndheving av forbudsbestemmelsene i konkurranseloven, helt uavhengig av hvor stor eller liten sannsynlighet det er for at taushetsplikten faktisk kan bli misbrukt.

På denne bakgrunn legger Konkurransetilsynet til grunn at konkurranseloven § 27 ikke åpner for en slik deling av taushetsbelagt informasjon mellom ulike forvaltningsorganer som lovutkastet § 36 annet ledd bokstav c legger opp til. En alternativ tilnærming vil etter tilsynets vurdering være å fastsette et særskilt unntak fra den delingsadgangen som følger av lovutkastet § 36 annet ledd bokstav c for de opplysningene som er underlagt taushetsplikt i konkurranseloven § 27 i sin helhet. Tilsynet har ikke foretatt en vurdering av hvordan et slikt unntak rent lovteknisk bør gjennomføres, men er av den oppfatning at en presisering i konkurranseloven § 27 om at forvaltningsloven § 36 annet ledd bokstav c ikke kommer til anvendelse nok vil være den mest hensiktsmessige måten å gjennomføre et slikt unntak på. En slik endring i konkurranseloven vil i så fall måtte tre i kraft samtidig med de øvrige endringene i forvaltningsloven.

Kapittel 7. Saksforberedelse og avgjørelse i saker om vedtak

Til § 45 Partens rett til innsyn i saken

Utvalget foreslår å flytte reglene om partsinnsyn fra forvaltningsloven §§ 18 til 18 d til offentleglova, og samtidig endre offentleglovas tittel til lov om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (innsynslova).

Sett fra *Konkurransetilsynets* ståsted vil det å samle reglene om innsyn i en felles lov gi den enkelte som krever innsyn et mer oversiktlig bilde av det gjeldende regelverket, noe som igjen vil kunne bidra til bedre forutberegnelighet for lovens adressater. Reglene om partsinnsyn vil med forslaget bli plassert inn i en mer helhetlig kontekst, og det vil som utvalget peker på fremgå klarere hvilke likheter og ulikheter det er mellom retten til partsinnsyn og allmennhetens rett til innsyn. Selv om retten til partsinnsyn både etter gjeldende rett og etter utvalgets forslag rekker videre enn allmennhetens innsynsrett, er det flere sider ved reguleringen av innsynsretten etter forvaltningsloven og offentleglova som har fellestrekk. Disse fellestrekkene er etter tilsynets vurdering et viktig argument for å samle reguleringen av innsyn i en og samme lov.

Videre vil en felles lov om innsyn medføre en forenkling for forvaltningen, idet den enkelte saksbehandler kan forholde seg til et felles regelverk i behandlingen av innsynsbegjæringer fra parter og andre. Dette er særlig viktig for de delene av offentlig forvaltning som jevnlig mottar et stort antall innsynsbegjæringer både fra parter og andre. Et enklere og mer praktikabelt regelverk vil kunne bidra til å gjøre forvaltningens håndtering av innsynskrav mer effektiv.

Fordelene ved å samle reglene om innsyn i en felles lov er etter tilsynets vurdering langt flere enn de motargumentene som utvalget peker på i de alminnelige motivene punkt 22.4.5.3. Tilsynet deler utvalgets syn på at de eventuelle utfordringene som ligger i at offentleglova er utformet med tanke på allmennhetens innsynsrett og ikke partsinnsyn i praksis vil kunne hensyntas gjennom den konkrete avveiningen i merinnsynsvurderingen og gjennom de skjønsmessige elementene i tolkingen av de ulike unntaksbestemmelsene.

Konkurransetilsynet finner samtidig grunn til å understreke at det er viktig at det ikke skjer utilsiktede utvidelser eller innskrenkninger i reglene om partsinnsyn som følge av at disse flyttes fra forvaltningsloven til innsynslova, idet gjeldende rett etter tilsynets vurdering på en god måte balanserer partenes behov for innsyn i sin egen sak opp mot forvaltningens behov for å verne om interne avgjørelsesprosesser og andre beskyttelsesverdige interesser. Tilsynet vil derfor nedenfor til lovutkastet kapittel 15 knytte noen særskilte merknader til lovutkastet § 95 nr. 1 om de spesifikke bestemmelsene om partsinnsyn i innsynslova.

Kapittel 8. Klage

Til § 60 Klageinstansens behandling av klagesaken – særlig om sakskostnader

Utvalgets forslag til ny § 60 avløser gjeldende § 33 første og femte ledd samt § 34. Bestemmelsen gir regler om klageinstansens myndighet i klagesaker, og utvalgets forslag innebærer i hovedsak en videreføring av gjeldende rett. Det foreslås imidlertid en modifikasjon i klageinstansens myndighet når det er en statlig klageinstans som overprøver vedtak truffet av en kommune eller fylkeskommune, samt endringer i retten til å få dekket saksomkostninger i forvaltningssaker.

Utvalgets flertall foreslår å oppheve retten til å få dekket sakskostnader i forvaltningssaker dersom en klage fører frem. Flertallets forslag innebærer at forvaltningsloven ikke lenger vil inneholde en regel som gir en part rett til dekning av sakskostnader.

Utvalgets mindretall foreslår en regel om rett til dekning av kostnader som er nødvendige for å få et vedtak endret til gunst for parten på grunn av feil ved vedtaket, så langt feilen ikke skyldes partens eget forhold. Mindretallet foreslår å begrense adgangen til kostnadsdekning til å gjelde i klagesaker og at vilkårene om at det må skje en endring til gunst for klager og at kostnadene var nødvendige for å få endret vedtaket videreføres. En del av mindretallet foreslår at regelen ikke skal gjelde der underinstansen endrer vedtaket etter klage, og at oppheving som ikke endrer rettstilstanden, men som muliggjør ny behandling i førsteinstansen, bare skal gi krav på sakskostnader dersom underinstansens nye behandling fører til endring til gunst for parten. En annen del av mindretallet foreslår at regelen skal gjelde også der underinstansen endrer vedtaket etter klage, og at all oppheving hos klageinstansen skal kvalifisere til kostnadsdekning.

Konkurransetilsynet er positiv til flertallets forslag om å oppheve retten til å få dekket sakskostnader i forvaltningssaker. Etter gjeldende rett har en part rett til dekning av sakskostnader uavhengig av om det er begått en feil hos forvaltningen, så lenge vedtaket endres helt eller delvis til gunst for parten. Retten til sakskostnader omfatter dermed blant annet tilfeller der førsteinstansen har truffet et gyldig vedtak, men der en endret vurdering i klageinstansen fører til en helt eller delvis endring til gunst for parten. Konkurransetilsynet oppfatter de gjeldende reglene om rett til dekning av saksomkostninger som omfattende i den forstand at private parter har en utstrakt rett til å få dekket saksomkostninger i forvaltningssaker, selv i tilfeller der private parter kun delvis får medhold.

Konkurransetilsynet bemerker i den forbindelse at det i tilsynets klagesaker ofte er tale om store, ressurssterke aktører som klager, og saksomkostningskravene som fremmes for Konkurransklagenemnda er omfattende og ofte i samme størrelsesorden som om saken hadde blitt ført for de alminnelige domstolene. Videre har Konkurransetilsynet etter gjeldende rett ikke hjemmel til å kreve renter ved forsinket betaling av overtredelsesgebyr ilagt med hjemmel i konkurranseloven § 29. Konkurransetilsynet har videre fast praksis for å gi partene

betalingsutsettelse i de tilfellene hvor partene klager et vedtak om overtredelsesgebyr inn for Konkurransetilsynemnda dersom partene anmoder om det. Konkurransetilsynet mener at de gjeldende reglene om utstrakt rett til å få dekket saksomkostninger kombinert med manglende adgang til å ilegge renter ved forsinket betaling av overtredelsesgebyr kan gi partene sterke insentiver til å klage, og at disse insentivene kan forsterkes når det etter gjeldende rett er mulig å få dekket saksomkostningene selv om man kun får delvis medhold i klageinstansen. Konkurransetilsynet mener derfor at det er positivt at utvalgets flertall foreslår innskrenkninger i den vide adgangen til å kreve saksomkostninger etter gjeldende rett.

Konkurransetilsynet deler også flertallets synspunkter på at krav om sakskostnader etter gjeldende regler kan legge beslag på store administrative ressurser i forvaltningen som heller kunne ha vært utnyttet til å ivareta forvaltningsorganets primære oppgaver. Ved vurderingen av et krav om sakskostnader må forvaltningsorganet etter gjeldende rett vurdere hva som er "vesentlige" kostnader, hva som er en "endring til gunst" for en part samt hvilke kostnader som har vært "nødvendige" i en konkret sak. Det er tale om skjønnsmessige vilkår, som til dels er uklare og vanskelige å praktisere.

Videre er Konkurransetilsynet enig med flertallet i at forvaltningens veiledningsplikt begrenser behovet for en regel om dekning av sakskostnader i forvaltningssaker. Etter Konkurransetilsynets oppfatning er hensynet til private parter tilstrekkelig ivaretatt ved at det fortsatt vil være adgang til å kreve sakskostnader dekket etter de alminnelige erstatningsrettslige reglene, samt at det på enkelte rettsområder fortsatt vil være adgang til å få dekket sakskostnader med hjemmel i særlovgivningen.

Dersom lovgiver skulle velge å ikke følge flertallets forslag og heller gå inn for et av mindretallsforslagene, er Konkurransetilsynet av den oppfatning at mindretallet Backer, Fagnæs og Innjords forslag til ny § 61 om sakskostnader etter klage innebærer innstramminger og forenklinger sammenliknet med gjeldende rett som gir en mer hensiktsmessig regel dersom reglene om sakskostnader skal videreføres.

Kapittel 10. Nemnder og uavhengige forvaltningsorganer

Utvalget foreslår et nytt kapittel 10 med felles regulering av grunnleggende saksbehandlingsregler for statlige nemnder som utøver offentlig myndighet. Utvalgets forslag inneholder bestemmelser om oppnevning av medlemmer og leder, når opphør av verv kan skje, delegering internt i nemnda og til nemndas sekretariat, hvordan vedtak treffes i nemnder samt regler om vedtaksførhet, flertallskrav, stemmeplikt og møteprotokoll. Forslaget inneholder også en regel om informasjon om dissenser i begrunnelser av enkeltvedtak og regler om avgjørelse av inhabilitetsspørsmål i nemnder.

Konkurransetilsynet er positiv til utvalgets forslag om å lovfeste enkelte felles saksbehandlingsregler som skal gjelde for alle nemnder. Tilsynet er enig i at det er hensiktsmessig å regulere enkelte felles saksbehandlingsregler for statlige nemnder i forvaltningsloven. Reglene i utvalgets forslag vil kunne fravikes i særlovgivningen, og Konkurransetilsynet antar at slik lovgivning fortsatt vil inneholde en rekke særbestemmelser om organiseringen av og saksbehandlingen i nemnder som treffer vedtak i medhold av vedkommende lov. I de tilfellene hvor det ikke er vedtatt en særskilt regulering av

saksbehandlingsreglene for en statlig nemnd er det etter tilsynets oppfatning hensiktsmessig at de generelle saksbehandlingsreglene for nemder finnes i forvaltningsloven.

Kapittel 11. Ugyldighet

Til § 74 Ugyldighet

Utvalget foreslår en ny bestemmelse som regulerer når et vedtak er ugyldig. Utvalgets forslag har ikke noe motstykke i dagens lov, og erstatter gjeldende forvaltningslov § 41 som regulerer når et vedtak er *gyldig* til tross for feil ved behandlingsmåten.

Konkurransetilsynet er enig med utvalget i at forvaltningsloven vil gi best veiledning til lovens adressater dersom den har en regel om ugyldighet, i motsetning til en regulering av når vedtaket er gyldig. En lovfesting av de ulovfestede reglene om ugyldighet vil etter Konkurransetilsynets oppfatning være positivt, idet det bidrar til å gjøre reglene lettere tilgjengelige for private parter, og gir et mer fullstendig bilde av rettstilstanden.

Konkurransetilsynet bemerker at selv om de ulovfestede reglene om ugyldighet lovfestes, vil det fortsatt til dels være tale om skjønnsmessige vurderinger for å fastslå hvorvidt et vedtak er ugyldig, og reglene vil således fortsatt kunne være uklare og vanskelig tilgjengelige for private parter. Særlig vurderingen av om feilen kan ha påvirket vedtakets innhold og den konkrete vurderingen som her må foretas vil være skjønnsmessig, og det kan være vanskelig for en privat part å forutse utfallet av en slik vurdering. Tilsynet er likevel av den oppfatning at utvalgets forslag til ny § 74 bidrar til å klargjøre enkelte sider ved vurderingen av om et vedtak er ugyldig, og er samlet sett positiv til at dette lovfestes.

Kapittel 15. Avsluttende bestemmelser

Til § 95 Endringer i andre lover

Utvalget foreslår at reglene om partsinnsyn i forvaltningsloven flyttes til offentleglova, og at denne lovens tittel endres til lov om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (innsynslova). Konkurransetilsynet er som nevnt positiv til forslaget om å samle reglene om innsyn i en felles lov. Som konsekvens av den foreslåtte endringen foreslår utvalget i lovutkastet § 95 nr. 1 visse endringer og tilføyelser i offentleglova (innsynslova) §§ 8, 11, 13 a og 15 a.

Innledningsvis vil *Konkurransetilsynet* slutte seg til utvalgets vurdering av at gjeldende rett i all hovedsak bør videreføres, slik at parter i saker om enkeltvedtak har en videre rett til innsyn sammenlignet med allmennhetens rett til innsyn. Dette er viktig av hensyn til å sikre at partene kan ivareta sine interesser i saken og at retten til kontradiksjon blir reell. Samtidig er tilsynet av den oppfatning at det ikke er behov for å utvide partenes rett til innsyn utover de reglene som følger av gjeldende forvaltningslov. Etter tilsynets vurdering balanserer de gjeldende reglene om partsinnsyn på en god måte partens behov for kontradiksjon opp mot forvaltningens behov for å verne om interne avgjørelsesprosesser og andre beskyttelsesverdige interesser.

Konkurransetilsynet finner derfor grunn til å slutte seg til utvalgets forslag om ikke å gjøre endringer i offentleglova (innsynslova) § 15 første ledd, som gir hjemmel til å unnta fra innsyn dokumenter som et forvaltningsorgan har innhentet utenfra fra et underordnet organ for sin interne saksbehandling. Som utvalget peker på i punkt 22.4.6 i utredningen er denne regelen tolket og anvendt slik at den blant annet gir hjemmel for unntak for rettslige redegjørelser et forvaltningsorgan har innhentet fra et underordnet organ, som for eksempel

Regjeringsadvokaten. Dette gjelder selv om redegjørelsene bare inneholder generelle uttalelser om juridiske tolkingsspørsmål eller om gjeldende rett generelt. Utvalget drøfter om dette kan stille seg annerledes ved partsinnsyn, og om det for parter bør gis et særskilt unntak fra § 15 første ledd og åpnes for en generell adgang til innsyn i rettslige redegjørelser innhentet fra underordnede organer.

Konkurransetilsynet deler utvalgets oppfatning om at det ikke bør innføres et slikt unntak ved partsinnsyn idet denne typen rettslige redegjørelser i realiteten bare er et virkemiddel for den interne saksbehandlingen. Tilsynet er enig i at det bør være helt opp til forvaltningen selv om den velger å foreta rettslige redegjørelser internt eller om disse innhentes utenfra fra et underordnet organ, og at reglene om innsyn ikke bør gi føringer for hvilke valg forvaltningen gjør i så måte. I likhet med utvalget peker tilsynet på at kravene til rettslig begrunnelse for enkeltvedtak etter forvaltningsloven, vilkårene i offentleglova (innsynslova) § 15 første ledd og adgangen til å gi merinnsyn i sum ivaretar partenes interesser på en tilstrekkelig måte. Endelig er tilsynet enig med utvalget i at disse betraktningene og konklusjonene også må gjelde for råd om og vurderinger av hvordan et forvaltningsorgan bør stille seg i konkrete saker, jf. regelen i offentleglova (innsynslova) § 15 annet ledd.

Konkurransetilsynet er enig i den presiseringen utvalget gjør om at reglene om partsinnsyn fortsatt bare skal gjelde der en part ber om innsyn i dokumenter i sin egen sak. Tilsynet har erfart at parter i en sak ber om innsyn i dokumenter i en annen sak der de ikke har vært part, med den begrunnelse at ett eller flere av disse dokumentene etter deres syn må anses å inngå som "sakens dokumenter" i saken de er part i. Dette kan typisk være tilfellet der de aktuelle dokumentene er henvist til i et dokument i saken der personen/foretaket er part eller der disse dokumentene kan være av en viss interesse for partens sak. Dokumenter som ikke er opprettet i anledning saken som den som begjærer innsyn er part i, og som heller ikke er gjort til en del av beslutningsgrunnlaget i denne saken, vil ikke kunne betegnes som "sakens dokumenter". Tilsynet mener derfor det er viktig at det understrekes i merknadene at denne typen innsynskrav fortsatt vil bli behandlet etter reglene om allmennhetens innsyn og ikke som partsinnsyn.

Når det gjelder forslaget om tilføyelse av nytt tredje punktum i offentleglova (innsynslova) § 11 om merinnsyn, legger Konkurransetilsynet til grunn at dette er en videreføring av regelen om merinnsyn overfor parter i gjeldende forvaltningslov § 18 annet ledd. Tilsynet mener det bør presiseres i merknaden til bestemmelsen at det med de språklige justeringene ikke er tiltenkt materielle endringer i måten merinnsynsvurderingen overfor parter skal foretas eller i terskelen for å gi merinnsyn.

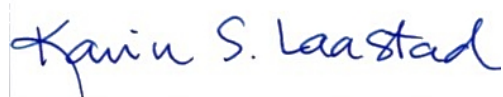
Videre slutter Konkurransetilsynet seg til forslaget til ny § 13 a i offentleglova (innsynslova) som i all hovedsak viderefører bestemmelsene om adgangen til å gjøre unntak fra partsinnsyn i opplysninger som er undergitt taushetsplikt i forvaltningsloven § 18 første ledd og § 19. Tilsynet deler utvalgets syn på at den kildevernpraksisen som har utviklet seg med grunnlag i forvaltningsloven § 19 annet ledd bokstav b er praktisk viktig, og at det vil være klargjørende at dette unntaket fremgår uttrykkelig av loven. Av hensyn til den informasjonsverdien som ligger i de særskilte merknadene savner tilsynet en omtale av lovforslaget § 13 a annet og tredje ledd.

I forslaget til ny § 15 a i offentleglova (innsynslova) om partens rett til innsyn i faktiske opplysninger fremgår det av merknadene til bestemmelsen at denne er tenkt å videreføre regelen i forvaltningsloven § 18 c. Etter Konkurransetilsynets vurdering synes imidlertid ikke den konkrete utformingen av bestemmelsen å være i tråd med dette, idet tilsynet leser forslaget slik at parten skal ha rett til innsyn i faktiske opplysninger i interne dokumenter dersom de faktiske opplysningene det er snakk om ikke er tilgjengelige på annet vis eller dersom de faktiske opplysningene *ikke* har noe å si for avgjørelsen. Tilsynet legger til grunn at dette er en språklig inkurie, og foreslår at regelen utformes slik at parten har rett til innsyn i

faktiske opplysninger i interne dokumenter bare "dersom dei *har* noko å seie for avgjerda i saka og opplysningane ikkje er tilgjengelege på anna vis *for parten*". Etter tilsynets vurdering vil en slik utforming av regelen innebære en videreføring av regelen i gjeldende forvaltningslov § 18 c.

Som nevnt innledningsvis er Konkurransetilsynet gjennomgående positiv til de forslagene som er fremmet i utredningen. Etter tilsynets oppfatning vil utvalgets forslag til ny forvaltningslov gi en mer forståelig og praktikabel lov tilpasset dagens samfunn, samtidig som man ivaretar de grunnleggende hensynene til rettsikkerhet og tillit til forvaltningen. Etter tilsynets oppfatning vil det derfor være hensiktsmessig at en ny forvaltningslov iverksettes så snart som mulig.

Med hilsen



Karin Stakkestad Laastad (e.f.)
juridisk direktør

Mottaker

Justis- og beredskapsdepartementet

Postadresse

Postboks 8005 Dep

*Poststed*0030 OSLO
Norge*Kontakt/e-post*

postmottak@jd.dep.no